Die Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge bei arglistigem Verhalten einer Partei.

Ein Beitrag zur Kritik der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

Hildegard Böse
Gerichtsreferendarin
aus Hagen-Haspe i. W.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Schumann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Rhode
Dekan: Prof. Dr. Kaser.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht.

Seite:

Einleitung 1

Teil I.

Darstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts; insbesondere die Bedeutung der exceptio doli generalis bei der Behandlung formnichtiger Verträge 6

Teil II.

Kritische Stellungnahme zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

A. Formelle Bedenken gegen die Anwendung der Arglisteinrede.

1. Kapitel.

Grundsätzliche Stellungnahme zur exceptio doli generalis . . 15

Herkunft, Wesen und Bedeutung . . . .

Darstellung und Kritik ihrer Konstruktion.

Die rechtspolitische Berechtigung der exceptio doli generalis.

Die Lehre vom Rechtsmißbrauch.

2. Kapitel.

Das grundlegende Bedenken, die Arglisteinrede gerade gegen die Geltendmachung der Formnichtigkeit eines Vertrages anzuwenden 21

Der innere Widerspruch in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

Die untragbaren Ergebnisse der Konstruktionsmethode des Reichsgerichts.

Die Ursache der falschen Konstruktion.

3. Kapitel.

I. Der gesetzmäßige Weg zur Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge 25

Der Wert des Gesetzes im allgemeinen.

Die Möglichkeit, auf Grund positiver Gesetzesbestimmungen (§§ 826, 823 II, 249 BGB.) einen Anspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages zu begründen; dargestellt an Hand des diesbezüglichen Schrifttums.

Die culpa in contrahendo.

II. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs in einredeähnlicher Weise 35
III. Die Anwendbarkeit des § 254 36

B. Prüfung der rechtspolitischen Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

1. Kapitel.

Die grundsätzliche Berechtigung 40
Kein wirtschaftliches Interesse an einer Fortsetzung der Rechtsprechung.
Aber ideelle Interessen, die für die Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge sprechen und als solche dem Interesse an der grundsätzlichen Einhaltung der Form entgegenstehen.

2. Kapitel.

Wesen und Bedeutung der Formvorschriften 43
Der Wert der Formvorschriften im einzelnen.
Die Versuche, die Formnichtigkeit eines Vertrages zu vermeiden:
1. Erweiterung der Heilungsvorschriften, insbesondere die Versuche einer analogen Anwendung . . 47
2. Konversion (§140) 49
3. Die Aufrechterhaltung teilnichtiger Verträge (§139) . 51
Die heutige positive Bedeutung der Formvorschriften.

3. Kapitel.

Die Notwendigkeit der Voraussetzungen, von denen das Reichsgericht die Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages abhängig macht: 54
a) Verschulden 54
b) Irrtum 56
A) Rechtspolitische Notwendigkeit
B) Ausnahme für die Fälle der Arglist
C) Herleitung aus § 254

4. Kapitel.

Das entgegenstehende öffentliche Interesse; die Notwendigkeit einer Ausnahme 59

5. Kapitel.

Einzelne weiter Bedenken gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts 61
I. Die angeblich „öffentlich-rechtliche“ Natur der Formvorschriften
II. Begünstigungen von Steuerbetrügen
III. Die sogen. „relative Wirkung der Gültigkeit“
IV. Die Mißbrauchsmöglichkeit

Teil III.

Die Zusammenfassung des Ergebnisses in einen allgemeinen Rechtssatz im Wege freier Rechtsfindung.

1. Kapitel.

Die Rechtsfindung im allgemeinen 66
Das Verhältnis von „Recht“ und „Norm“.
Die Bindung des Richters an das Gesetz.
Die Formulierung abstrakter Rechtssätze im allgemeinen.

2. Kapitel.

Die Formulierung des Rechtssatzes 69
Seine Herleitung aus dem Ergebnis der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.
Besondere Hinweise auf:
A. Die Unabhängigkeit der Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages von der ausdrücklichen Geltendmachung des Formmangels
B. Das Problem der Wirkung gegen Dritte
Die Formulierung des Satzes

Schlußbemerkung 75

Schrifttum.

Lehrbücher, Kommentare, Einzelwerke und Abhandlungen.

Böcking: Gaii, Institutiones, Leipzig 1866.

Boehmer: Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1938 S. 264.

Brenner, Willy: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Diss. Frankfurt 1926.

Ebbecke: Formvorschriften, im Recht 1911, Sp. 633 ff.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Aufl. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Aufl. Marburg 1932.

Franz: Die formbedürftigen Geschäfte des Reichsprivatrechts. Leipzig 1907.

Graff: Heilt die Auflassung und Eintragung nach § 313 S. 2 BGB alle Formmängel? in Gruch. Bd. 57 S. 101 ff.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896, 1897, Mannheim 1900.

Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.

Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen deutschen Staat, Berlin u. Leipzig 1935.

Hoeniger: Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit, Zeitschr. für den deutschen Notarverein 1909. S. 673 ff.

Josef: Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 36 S. 60 ff und Sächs. Arch. 1915 S. 413 ff.

Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933.

— Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934.

— Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem BGB., Leipzig 1903.

Larenz: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934.

— Vertrag und Unrecht. Teil 1: Vertrag und Vertragsbruch, Hamburg 1936.

Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.

Lobe: Die Form der Rechtsgeschäfte, Leipzig 1901.

Martin, Anton: Heilung formwidrig begründeter Verbindlichkeiten durch Erfüllung, Diss. München 1935.

Michaelis: Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens, Berlin 1935.
Oertmann: Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit, in Recht 1914 Sp. 8 ff.
— Bemerkungen zum vorstehenden Aufsatz (vgl. Josef, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit), Sächs. Arch. 1915 S. 418.
Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., 4. Aufl. Berlin 1913.
Rahn, Hans: Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Diss. Tübingen 1927.
Regelsberger: Gesetz und Rechtsanwendung, in Jher. Jahrb. Bd. 58 S. 146 ff.
Reichel: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, in ArchzivPrax. Bd. 104, S. 1 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar, 8. Aufl., Bd. I, Berlin und Leipzig 1934.
Riezler: Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB., München 1902.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in Jher. Jahrb. Bd. 70. S. 233 ff.
Siebert: Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, Berlin 1935.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd., Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1936.
Staudinger-Werner: II. Bd., 1. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1930.
Stoll: Vertrag und Unrecht, Tübingen 1936.
— Haftung für das Verhalten bei den Vertragsverhandlungen, LZ. 1923, S. 532 ff.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, ArchzivPr. Bd. 100, S. 1 ff.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Materialien.

ArchbürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ArchzivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
Danziger Juristenzeitung.
Deutsche Steuerzeitung.
Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

JherJ.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik de bürgerlichen Rechts.
JW	= Juristische Wochenschrift.
LZ	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mot.	= Motive zum Entwurf eines BGB.
Mugdan, Die gesamten	Materialien zum BGB. 1899.
Prot.	= Protokolle der Kommission für die zweit Lesung des Entwurfs eines BGB.
Das Recht, Juristisches	Zentralblatt für Praktiker.
RG	= Entscheidungen de Reichsgerichts in Zivil sachen.
Sächs.Arch.	= Sächsisches Archiv.
Seuff.Arch.	= J. A. Seufferts Archiv für Entscheidunge der obersten Gerichte in den deutsche Staaten.
Die Verhandlungen des	26. und 28. Deutschen Juristentages.
Ztschr. Ak. f. dtsch. R.	= Zeitschrift der Akademie für deutsche Recht.

Einleitung.

Im Interesse eines leichteren und schnelleren Verkehrs wurde im bürgerlichen Recht der Grundsatz der Formfreiheit angenommen, wenn er auch nicht ausdrücklich hervorgehoben ist. In zahlreichen Fällen wird er jedoch durch Formvorschriften durchbrochen. Es handelt sich dabei um reine Zweckmäßigkeitsformen, die jedes sinnbildlichen Charakters — wie ihn die Formen im älteren Recht hatten — entbehren.

Sie bezwecken in der Regel Erleichterung des Beweises, Schutz gegen Übereilung und unbedachten Geschäftsabschluß, größere Sicherheit des Zustandekommens und des Inhalts eines Rechtsgeschäfts, Erkennbarkeit für dritte Personen.

An Formvorschriften kennen wir einmal die Fälle der einfachen Schriftform gemäß § 126 BGB, wobei teils die Vertragserklärungen beider Teile, also der ganze Vertrag, schriftlich niederzulegen ist: §§ 566, 581 BGB, teils nur die Willenserklärung einer Partei: §§ 761, 766, 780/81 BGB. Teils handelt es sich überhaupt nur um einseitige Rechtsgeschäfte: §§ 784, 81 BGB, die der Schriftform bedürfen. Sodann gibt es die Fälle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, — teils des ganzen Vertrages: §§ 311, 312, 313, 2371, 2385 BGB., 15 Abs. IV GmbH-Ges., teils der Vertragserklärung eines Teils: § 518 BGB. Einige gesetzliche Vorschriften kennen die öffentliche Beglaubigung einer Erklärung: §§ 371, 403, 411, 1033, 1154 I BGB, 13 FGG; insbesondere bedürfen die gewissen Behörden gegenüber abzugebenden Erklärungen dieser Form: §§ 77, 1342, 1560, 1577, 1706, 1906 BGB, 29 GBO, und schließlich finden sich eine Reihe von Formvorschriften anderer Art überall dort, wo ein besonderes höheres Interesse die Einhaltung einer Form verlangt, — so insbesondere im Familienrecht bei der Eheschließung (§ 13137), dem Ehevertrag (§ 1434) der Ehelichkeitserklärung (§ 1730), für die Annahme an Kindesstatt (§§ 1750 III, 1748 III) usw., — im Erbrecht für die Testamentserrichtung (§§ 2231 ff., 2276), die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945), den Erbverzicht (§ 2348),

— ferner im Aktienrecht (§§ 16, 22 II Akt.-Ges.), im GmbH-Ges. (§§ 2, 53) und Genossenschaftsgesetz (§§ 5, 13) usw.

Ein Verstoß gegen die Formvorschriften hat nach § 125 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Dabei ist es gleichgültig, ob die Form überhaupt nicht eingehalten wurde, oder ob der formelle Vertrag sich mit dem wirklich gewollten nicht deckt. Man denke z. B. an die Fälle, in denen ein falscher Kaufpreis in den beurkundeten Grundstücksvertrag um der Steuerersparnis willen eingesetzt ist. Außerdem wird auch häufig eine falsche Form gewählt, wobei allerdings stets die strengere Form die weniger strenge ersetzt, wie etwa die gerichtliche oder notarielle Beurkundung die Schriftform.

Beruft sich eine Partei auf die Nichtigkeit des Geschäftes wegen Formmangels, so verstößt das grundsätzlich niemals gegen Treu und Glauben, wie auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung hervorgehoben hat[1]). Wollte man die Geltendmachung der Nichtigkeit als sittenwidrig verbieten, so würden die Formvorschriften völlig bedeutungslos sein. Ebenso darf derjenige, der das Geleistete zurückfordert, indem er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil die Leistung infolge der formell nichtigen Zusage einer Anstandspflicht entsprochen habe (§ 814 BGB)[2]).

Von diesem Grundsatz weicht das Reichsgericht jedoch in gewissen Fällen ab. Unter ganz bestimmten Voraussetzungen gibt es dem einen Vertragsteil gegenüber der Geltendmachung der Formnichtigkeit seitens des anderen die Einrede der allgemeinen Arglist und behandelt infolgedessen formnichtige Verträge in diesen Fällen so, als seien sie formgültig abgeschlossen.

Zu dieser Rechtsprechung soll im Rahmen der vorliegenden Abhandlung Stellung genommen werden; dabei sollen insbesondere ihre Voraussetzungen, wie auch ihre konstruktive und rechtspolitische Berechtigung geprüft werden.

Diese Ausführungen sollen ausdrücklich auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Arglisteinrede aus einem Verhalten des

1) RG 22/5; 72/343, 73/209, 77/277, 96/315, JW 1912/525, SeuffArch 75/Nr. 3.

2) vgl. Prot. II/696.

Gegners beim Zustandekommen des formwidrigen Rechtsgeschäfts heraus begründet wird. Das heißt: das mißbilligte Verhalten muß sich gerade auf die Außerachtlassung der Form beziehen. Entscheidungen, in denen allgemeine Erwägungen maßgebend waren, und die nur beinahe zufällig im einzelnen Fall ein formnichtiges Rechtsgeschäft betreffen, bleiben dagegen außer Acht. Um einen solchen Fall handelt es sich etwa in der Entscheidung in SeuffArch. 77 Nr. 114:

Die Parteien haben einen privatschriftlichen Vertrag geschlossen, durch den der Kläger mit den Vorarbeiten zur Gründung einer Baugenossenschaft beauftragt wurde. Für den Fall, daß es zur Gründung der Genossenschaft käme, wurde ihm ein Betrag von 5000.— RM, andernfalls für die nachgewiesenen Auslagen eine angemessene Vergütung von höchstens 3000.— RM zugesagt. Gleichzeitig wurde dem Kläger ein Vorkaufsrecht hinsichtlich des dem Beklagten gehörenden Grundbesitzes eingeräumt. Der Kläger hat daraufhin Vorarbeiten geleistet, jedoch die Genossenschaft nicht gründen können. Drei Jahre später trat der Beklagte von dem Vertrage zurück, indem er an den Kläger 3000.— RM zahlte. Dieser klagt auf Zahlung von 24 185.— RM angemessene Vergütung für die geleisteten Vorarbeiten, wobei er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen Nichtbeobachtung der Form des § 313 BGB beruft.

Das Reichsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß dem Beklagten gegenüber dem Klageanspruch die exceptio doli zustehe. Der Verstoß gegen Treu und Glauben sei darin zu finden, daß der Kläger die Nichtigkeit des Vertrages lediglich geltend gemacht habe, „um sich einen Vorteil zu verschaffen, den er nicht einmal bei Gültigkeit des Vertrages hätte beanspruchen können". Bei Eintritt der vereinbarten Vertragsbedingung würde der Kläger sich zweifellos nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen haben, sondern die Vorteile des nichtigen Vertrages für sich in Anspruch genommen haben. —

Die gleichen Erwägungen würden anzustellen sein, wenn es sich nicht gerade um ein formnichtiges, sondern um ein aus irgend einem anderen Grunde nichtiges Rechtsgeschäft handelte. Daraus geht hervor, daß hier allgemeine Billigkeitserwägungen maßgebend

waren, die an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung bedürfen.

Aus dem gleichen Grunde scheidet der Fall in RG 153/59 aus:

Der Kläger hatte an den Beklagten eine Bäckerei auf fünf Jahre verpachtet. In dem Vertrag war ein Wettbewerbsverbot zugunsten des Klägers ausbedungen. Als nach Ablauf der fünf Jahre der Kläger die Bäckerei selbst wieder übernahm, hielt der Beklagte sich nicht an die vereinbarte Klausel. — Dem Klageanspruch des Klägers gegenüber wendet er ein, er sei nicht an den Pachtvertrag gebunden, da in dem Vertrage gleichzeitig ein Vorkaufsrecht vereinbart gewesen sei, ohne daß der Vertrag der Form des § 313 genügt hätte.

Das Reichsgericht hat der Klage dennoch stattgegeben, da — abgesehen von der Möglichkeit, den § 139 BGB hier anzuwenden, — dem Einwand des Beklagten jedenfalls die Einrede der Arglist entgegenstehe. Nachdem der Beklagte fünf Jahre lang die Vorteile des Vertrages für sich ausgenutzt habe, würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich jetzt mit Erfolg auf die Nichtigkeit des Vertrages zum Nachteil seines Vertragsgegners berufen könnte.

Dabei verweist das Reichsgericht auf eine Reihe ähnlicher Entscheidungen, die sämtlich Fälle betreffen, in denen der Vertrag nicht infolge eines Formmangels, sondern aus irgendeinem anderen Grunde nichtig ist. Das beweist schon, daß auch dieser Entscheidung umfassendere Gesichtspunkte zugrunde liegen, die über den Rahmen der vorliegenden Aufgabe hinausgehen[3]).

Dagegen sind hier, um es noch einmal hervorzuheben, alle die Fälle zu behandeln, in denen bei Abschluß des Vertrages der eine Teil durch das Verhalten des anderen zur Außerachtlassung der Form bestimmt wurde, während er bei Kenntnis der wahren Sachlage darauf gedrängt haben würde, daß die Form eingehalten werde.

Es müssen in allen Fällen notwendig zwei Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäftes mitgewirkt haben, um die Anwendung der Arglisteinrede überhaupt zu ermöglichen. Folglich kann es sich nur um Verträge handeln, so daß von vornherein alle die Formgebote

---

3) Ein ähnlicher Fall findet sich in GruchBeitr. 73/63.

hier ausscheiden, die sich auf einseitige Rechtsgeschäfte beziehen (§ 784, 81 BGB); ebenso alle Fälle der Beglaubigung, da auch sie durchweg nicht das Zustandekommen von Verträgen betreffen.

Darüber hinaus ist im Rahmen dieser Abhandlung aber auch an solche Formen nicht zu denken, die vorwiegend öffentlichen Interessen dienen[4]). Hierzu gehören insbesondere die Formvorschriften des Familien- und Erbrechts, abgesehen allerdings von den §§ 2385, 23371 BGB, die den Verkauf einer bereits angefallenen Erbschaft betreffen, — ferner z. B. auch der § 15 GmbH-Ges. und andere. Derartige Vorschriften müssen grundsätzlich strenger gehandhabt werden, als die übrigen, und dürfen darum dem mehr oder weniger nachgiebigen Begriff von Treu und Glauben nicht unterliegen. Bei ihnen entscheidet stets in erster Linie das Interesse an der Einhaltung der Form, demgegenüber etwaige Billigkeitsinteressen zurückzutreten haben. — Infolgedessen bleiben auch die an sich besonders wichtigen letztwilligen Verfügungen, die schon häufiger Gegenstand ausführlicher Abhandlungen gewesen sind[5]), hier unberücksichtigt.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Ausführungen stehen vielmehr in erster Linie die formbedürftigen Verträge des Schuldrechts: Die Miet- und Pachtverträge über ein Jahr (§§ 566, 581), die jedoch in § 566 II eine Ausnahmeregelung erfahren, die Bürgschaft (§ 766), das Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen (§§ 780, 781), sowie die Verträge, die der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen: §§ 311, 312, 313. Dabei spielt der wichtige Grundstücksveräußerungsvertrag des § 313 eine Hauptrolle.

In den folgenden Abschnitten soll zunächst die Rechtsprechung des Reichsgerichts dargestellt werden, sodann eine kritische Stellungnahme dazu erfolgen. Zuletzt soll geprüft werden, ob und wieweit diese Rechtsprechung in ihrem Ergebnis rechtspolitisch billigens- und wünschenswert ist, und soll aufgezeigt werden, ob und wie sie gegebenenfalls fortgesetzt werden kann.

---

4) vgl. z. B. RG 118/269 ff; (274).

5) vgl. v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, Hamburg 1935; Boehmer in Ztschr. Ak. f. dtsch. R. 1938 S. 264 ff.

Teil I.

Darstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere die Bedeutung der exceptio doli generalis bei der Behandlung formnichtiger Verträge.

Der Grundgedanke der hier zu behandelnden Reichsgerichtsrechtsprechung ist folgender:

Hat eine Partei bei Abschluß eines Vertrages bewußt die vorgeschriebene Form nicht eingehalten, obwohl ihr deren Notwendigkeit bekannt war und sie auch wußte, daß die Außerachtlassung der Form die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge haben würde, so verstößt es unter gewissen weiteren Voraussetzungen gegen Treu und Glauben, wenn diese selbe Partei sich später auf die Formnichtigkeit des Vertrages beruft. Dann steht der anderen Partei gegen den Nichtigkeitseinwand ihres Vertragsgegners die Einrede der allgemeinen oder gegenwärtigen Arglist zu.

Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Die Partei, die wissentlich auf einen formnichtigen Vertrag eingegangen ist, hat damit objektiv zum Ausdruck gebracht, auch an einen Vertrag, der in Ermangelung der Form nicht gültig ist, gebunden sein zu wollen. Beruft sie sich dann trotzdem auf die Ungültigkeit des Vertrages, so widerspricht das ihrem früheren Verhalten. Damit ist ein Beispiel des sogen. „gegensätzlichen Verhaltens" gegeben.

Ein solches verstößt aber nicht schon schlechthin gegen Treu und Glauben. Es müssen vielmehr im einzelnen Falle jeweils noch besondere Umstände hinzukommen, damit das Gegensätzliche in dem Verhalten eines Menschen anderen gegenüber unbillig erscheint[6]).

Derartige besondere Voraussetzungen erfordert, wie schon erwähnt wurde, das Reichsgericht auch hier. Darum kann die Gel-

6) dazu vgl. Riezler: Venire contra factum proprium.

tendmachung der Formnichtigkeit seitens einer Partei, die selbst bewußt die Form außer Acht gelassen hat, nach ständiger Rechtsprechung nur in folgenden Fällen die Einrede der Arglist begründen:

1. Einmal immer dann, wenn der Partei, welche nunmehr die Formwidrigkeit des Vertrages geltend macht, ein arglistiges Verhalten, das schon bei Abschluß des Vertrages vorlag, ja auch nur eine arglistige Absicht nachgewiesen werden kann.

a) Es genügt, wenn die betreffende Partei bereits bei Vertragschluß den arglistigen Hintergedanken hatte, sich gegebenenfalls zum Nachteil der anderen Partei auf den Formmangel berufen zu wollen[7]).

In Warneyer 1919 Nr. 233 liegt z. B. folgender Fall vor:

Die Parteien haben durch Vergleich die unter ihnen zweifelhafte Frage geregelt, ob ihnen auch bei Ungültigkeit des zweiten Testamentes der Frau R Erbansprüche gegen den Nachlaß der Erblasserin zuständen, und die Höhe der Erbanteile vergleichsweise festgesetzt. Da ein solcher Vertrag auf die Verpflichtung zur Veräußerung von Erbanteilen hinausläuft, bedarf er der Form der §§ 2385, 2371 BGB. Diese Form ist hier nicht gewahrt. Infolgedessen wendet die Klägerin den Ansprüchen der Beklagten gegenüber die Formnichtigkeit des Vertrages ein.

Das Reichsgericht billigt zwar in diesem Falle den Beklagten die exceptio doli nicht zu. Es weist aber ausdrücklich darauf hin, daß die Einrede der Arglist ihnen dann zustehen würde, wenn bewiesen wäre, daß die Klägerin die Beklagten mit Bewußtsein zum Abschluß eines formungültigen Vergleichs verleitet oder daran festgehalten habe, damit die Beklagten im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages die Geltendmachung ihrer Rechte unterließen und durch Fristablauf verwirkten.

Bei Kenntnis dieser arglistigen Absicht würde die Gegenpartei ohne Zweifel auf Wahrung der Form bestanden haben oder auch sich gar nicht auf den Vertrag eingelassen haben.

b) Weit eher noch liegt dann aber in den Fälen ein gegen Treu und Glauben verstoßendes gegensätzliches Verhalten vor, in denen

---

7) JW 1913/987; 1919/993; Warn. 1919 Nr. 23.

diejenige Partei sich zum Nachteil der anderen auf die Formnichtigkeit des Vertrages beruft, welche bei Abschluß des Vertrages ihren Gegner in arglistiger Weise darüber hinweggetäuscht hat, daß die Form tatsächlich nicht gewahrt ist. Sie hat z. B. für die Unterschrift einer Bürgschaftserklärung ein Faksimile verwandt, das als solches auf den ersten Blick nicht zu erkennen war; oder sie hat die andere Partei veranlaßt, einen Grundstückskauf vor einem sich fälschlich als Notar ausgebenden Freund abzuschließen.

Diese Fälle sind praktisch vielleicht selten und in der Rechtsprechung noch nicht behandelt, gehören aber notwendig auch hierher. Im allgemeinen können sie als bloße Steigerung der Fälle unter a) angesehen werden, da in dem arglistigen Täuschungsmanöver gewöhnlich zugleich die dort verlangte arglistige Absicht der Partei zum Ausdruck kommt.

Mit jenen Fällen haben sie insbesondere gemeinsam, daß es sich bei ihnen um Fälle der sogen. speziellen (besonderen) Arglisteinrede handelt. Diese ist eine Unterart der allgemeinen Arglisteinrede und immer dann gegeben, wenn der geltend gemachte Anspruch durch eine unerlaubte Handlung erlangt wurde. Dagegen finden sich im folgenden Fälle der sogen. echten Einrede gegenwärtiger oder allgemeiner Arglist, bei denen die Geltendmachung des Klageanspruchs lediglich unter Berücksichtigung vorausgegangener besonderer Umstände gegen Treu und Glauben verstößt.

2. Nach Ansicht des Reichsgerichts verstößt die Geltendmachung des Formmangels ferner jedesmal dann gegen Treu und Glauben, wenn der Gegner bei Abschluß des Vertrages seinerseits die Notwendigkeit der Form nicht kannte und die arglistige Partei sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Einwirkung auf diesen Irrtum schuldig gemacht hat[8]).

Die grundlegende Entscheidung[9]) betrifft etwa folgenden Fall:

---

8) GruchBeitr. 52/1044; Warn. 1908 Nr. 38; SeuffArch 63 Nr. 196; — RG 96/315; 107/180; 357 ff; (361); 115/35 ff (42, 44); 117/121 (LZ 1927/1125, JW 1927/2118); 118/274; Warn. 1917 Nr. 174, 1925 Nr. 162, 1926 Nr. 113, 136; 1931 Nr. 42; GruchBeitr. 68/650; JW 1926/1810; Recht 1924 Nr. 607 und 1443; 1925 Nr. 1235; 1926 Nr. 1666.

9) RG 107/357 ff.

A und B haben einen notariellen Grundstückskaufvertrag abgeschlossen, den Kaufpreis jedoch der Steuerersparnis wegen nicht richtig angegeben.

Da der gesamte Vertrag, der sich aus Leistung und Gegenleistung zusammensetzt, den Gegenstand der in § 313 vorgeschriebenen urkundlichen Form bildet, ist die Form des § 313 infolge der falschen Beurkundung des Kaufpreises nicht gewahrt. Der Kläger A (Verkäufer) verlangt infolgedessen von B (Käufer) Rückgabe des bereits übergebenen Grundstücks im Wege der Kondiktion (§ 812 BGB).

Der Beklagte B hat demgegenüber vorgebracht und unter Beweis gestellt, daß er auf der Fahrt zum Notar den A gefragt habe, ob ihm infolge der unrichtigen Angabe des Kaufpreises nichts passieren könne. Der Kläger habe darauf geantwortet, er garantiere dafür. Da 27 500.— RM bereits gezahlt seien, sei der „richtige" Kaufpreis jetzt nur noch 200 000.— RM. — Ferner mußte als bewiesen gelten, daß der Kläger als Grundstückshändler genau gewußt habe, daß die Beurkundung des vorausbezahlten Kaufpreises notwendig sei, während der Beklagte davon keine Ahnung gehabt habe. Auf Grund dieses Sachverhalts hat das Reichsgericht dem Beklagten gegen die Geltendmachung der Formnichtigkeit des Vertrages die Einrede der Arglist zugebilligt.

Geichgültig ist es, in welcher Weise die Einwirkung auf den Irrtum erfolgt. Das Reichsgericht spricht allerdings nur von solchen Fällen, und hat praktisch auch bisher lediglich solche Fälle zu entscheiden gehabt, in denen die eine Partei den Gegner schuldhaft in den Irrtum versetzt hat, eine Form sei nicht notwendig. Sinngemäß muß es jedoch genügen, wenn die betreffende Partei in schuldhafter Weise den schon bestehenden Irrtum aufrechterhalten hat; d. h. die eine Partei, die sich nunmehr auf den Formmangel beruft, muß den Irrtum der anderen Partei über die Formnichtigkeit gekannt haben und es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen haben, sie über das Erfordernis der Form zu unterrichten. Ein solches Verhalten kann der Partei ebenso zum Vorwurf gemacht werden, als habe sie erst selbst den Irrtum in dem Gegner hervorgerufen; denn man muß eine Aufklärungspflicht in dieser Hinsicht unter Vertragsparteien unbedingt bejahen. Sie gehört

zu den allgemeinen Vertragsverpflichtungen, wie sie insbesondere die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß (culpa in contrahendo) herausgestellt hat.

Ein Beispiel dafür, wie sehr das Reichsgericht an den beiden genannten Voraussetzungen: Irrtum über die Notwendigkeit der Form einerseits und schuldhafte Einwirkung auf diesen Irrtum andererseits — festhält, ergibt vor allem die Entscheidung in Bd. 117, S. 121:

Dort fehlt es an dem Irrtum über die Formnotwendigkeit; es liegt lediglich das „Edelmannswort" des anderen Vertragsteils vor, er werde den Vertrag trotz seiner Formungültigkeit auf jeden Fall erfüllen — ein Edelsmannwort seit dem Kläger so gut wie ein Vertrag. Als der Beklagte v. Z. sich dann trotzdem auf die Nichtigkeit des Vertrages wegen Formmangels beruft, lehnt das RG konsequent die Arglisteinrede des Klägers ab: „Der für diesen Einwand erforderliche Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Form kann nicht durch einen tatsächlichen Irrtum darüber ersetzt werden, ob im gegebenen Fall die Zusage, auch wenn nur formlos erteilt, werde erfüllt werden" (S. 124).

In gleicher Weise wird auch in den meisten der übrigen angeführten Entscheidungen[10]) die Anwendbarkeit der allgemeinen Arglisteinrede ausgeschlossen, da es jeweils an einem der notwendigen Erfordernisse fehlt.

In der Entscheidung RG 107/180 liegt der Fall eines falschbeurkundeten Grundstückskaufes vor. Der Kläger klagt auf Rückgabe des bereits übergebenen Grundstückes, indem er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft. Die Beklagten sind der Meinung, der Kläger handele arglistig, da er selbst das Zustandekommen des Vertrages von der Zahlung weiterer 30 000 RM, die im Vertrage als Kaufpreis nicht erscheinen dürften, abhängig gemacht habe. Das Berufungsgericht hat diese Behauptung nicht für erwiesen gehalten, führt aber aus, daß sie von vornherein unerheblich sei, da sich der Sachverhalt wesentlich von den Fällen unterscheide, in denen das Reichsgericht eine derartige allgemeine Arglist ange-

---

10) Warn. 1917 Nr. 174, 1926 Nr. 113, 1931 Nr. 42; RG 96 315, 107/180 ff, Recht 1924 Nr. 1443; Gruch. 68/650; JW 1926/1810.

nommen habe. Das Reichsgericht hat sich diesen Ausführungen angeschlossen. Es weist ausdrücklich daraufhin, daß die Beklagten nach ihrem eigenen Vortrage mit der Aufnahme des zu niedrigen Kaufpreises in die Vertragsurkunde nicht etwa darum einverstanden gewesen seien, weil der Kläger sie in den Glauben versetzt habe, die richtige Beurkundung des Kaufpreises sei unnötig, sondern weil er ihnen das Grundstück ohne die Zubilligung des Schwarzgeldes überhaupt nicht habe verkaufen wollen. — Infolgedessen fehlte es auch hier an dem Irrtum über die Formnotwendigkeit und mußte aus diesem Grunde die Arglisteinrede versagt werden[11]).

Die Entscheidung im Recht 1924 Nr. 1443 behandelt folgenden Fall:

Der Vermieter V und dessen Mieter M haben zur Beseitigung von Meinungsverschiedenheiten ein Abkommen getroffen, das sich in der Hauptsache als ein neuer Mietvertrag auf mehrere Jahre darstellt. V hat die einzelnen Bedingungen zusammengestellt und dem M zugesandt mit dem Bemerken, daß es genüge, wenn M ihm sein Einverständnis kurz mitteile. Das geschah. — Nunmehr beruft sich V auf die Unwirksamkeit des Abkommens, da die Form des § 566 nicht gewahrt sei. Er klagt auf Feststellung, daß er vierteljährlich kündigen könne.

Die Vorinstanzen haben nicht feststellen können, daß der Kläger V durch den Schlußsatz seines damaligen Schreibens den M bestimmt habe, von der schriftlichen Beurkundung abzusehen. Es mußte angenommen werden, daß beide Parteien überhaupt nicht an die Beurkundung gedacht haben, sondern geglaubt haben, der alte Vertrag bestehe fort.

Aus diesem Grunde hat das Reichsgericht das Vorliegen einer schuldhaften Einwirkung auf den Irrtum des M von seiten des V verneint und darum auch hier die exceptio doli abgelehnt.

Nur ein Teil der genannten Entscheidungen gewährt tatsächlich die Arglisteinrede gegenüber der Geltendmachung der Formnichtigkeit eines Vertrages — ein Beweis, wie gering die praktische Auswirkung dieser grundlegenden, aber außerordentlich gemäßigten Rechtsprechung des Reichsgerichts ist.

11) Ähnlich die Entscheidung in Gruch. 68/650.

Die erste, in dieser Richtung überhaupt ergangene Entscheidung findet sich in SeuffArch 63 Nr. 196[12]):

Der Vermieter V klagt gegen den Mieter M auf Einhaltung gewisser geschäftlicher Beschränkungen, die der Mietvertrag diesem auferlegt hat. M beruft sich darauf, daß die betreffenden Bestimmungen des Vertrages mündlich für den Fall außer Kraft gesetzt worden seien, daß eine Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter (Kläger) erfolge.

Das Reichsgericht läßt es dahingestellt sein; ob der Kläger sich demgegenüber grundsätzlich überhaupt auf die Unwirksamkeit dieser mündlichen Abmachung gemäß § 566 berufen könne. Jedenfalls stehe dem Beklagten gegen einen derartigen Einwand die Replik der Arglist zu. Da der Kläger — wie der Beklagte unter Beweis gestellt habe — die schriftliche Abfassung der Abänderung für unnötig erklärt habe, handele er jetzt wider Treu und Glauben „wenn er aus seinem eigenen damaligen Verschulden... zum Nachteil des Beklagten für sich einen Vorteil herleiten" wolle.

Die Notwendigkeit der Irrtumserregung ist hier noch nicht klar genug hervorgehoben worden. Besser sind darum die Beispiele in Warneyer 1925 Nr. 162 und 1926 Nr. 136:

1. Der Rechtskonsulent von B. hat als Bevollmächtigter des Klägers mit dem Beklagten Sch. einen notariellen Vertrag geschlossen, durch den er dem Beklagten das Erbteil und Erbrecht des Klägers an dem Nachlaß seiner Mutter verkauft und übertragen hat. Der Kläger behauptet, der Vertrag sei nichtig, weil der verabredete Kaufpreis weit geringer gewesen sei, als der beurkundete, und weil ein vereinbartes Wiederkaufsrecht nicht in den notariellen Vertrag aufgenommen sei. Er stellt dementsprechende Anträge. Der Beklagte wendet ein, der Kläger, bzw. dessen Bevollmächtigter von B., hätte ihm versichert, die Verträge seien in formeller Hinsicht in Ordnung. Er selbst sei in juristischen Dingen gänzlich unerfahren und habe die Bedeutung der falschen Beurkundung nicht gekannt.

2. Kläger V hat dem Beklagten P am 25. 1. 1921 ca. 60 Morgen Land auf 6 Jahre verpachtet. In § 1 des Vertrages ist der Pacht-

---

12) ebenso in Warn. 1908 Nr. 38 und GruchBeitr. 52/1044.

zins fälschlich auf 4000.— RM statt auf 6000.— RM festgesetzt. V hat Mitte September 1923 zum 1. April 1924 gekündigt und stützt seinen Anspruch auf Räumung u. a. darauf, daß der Vertrag infolge der falschen Angabe des Pachtzinses nach § 566 Abs. II als für unbestimmte Zeit abgeschlossen gelte und fristgerecht kündbar sei. Demgegenüber hat der Beklagte vorgetragen, der Kläger habe ihm während der Vertragsverhandlungen erklärt, er wolle nur 4000.— RM als Pacht hinschreiben, damit er — der Kläger — nicht so hoch in die Steuern käme und der Vertrag nicht soviel koste. „Das habe nichts auf sich, der Beklagte solle nur darauf eingehen... Da komme nichts nach." Darauf sei er — der Beklagte — einverstanden gewesen, da er dem Kläger unbedingt vertraut habe.

In beiden Fällen hält das Reichsgericht das Vorbringen des Beklagten für erheblich, da es geeignet sei, dem Beklagten die Einrede der Arglist gegen den klägerischen Anspruch zu geben. —

Zum Schluß sei noch einmal darauf hingewiesen, daß derjenige, dessen Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt, stets selbst bewußt die Form außer Acht gelassen haben muß, d. h. er muß selbst wissentlich gegen die ihm bekannte Formvorschrift verstoßen haben. Zumindest aber müssen auf seiner Seite erhebliche Zweifel bestanden haben, daß der Vertrag so, wie er abgeschlossen wurde, formwidrig und darum ungültig sein würde. Erst dann kann überhaupt ein schuldhaftes Verhalten beim Vertragschluß festgestellt werden[13]).

Dagegen genügt es regelmäßig nicht, wenn auch der Irrtumerregende sich in nur fahrlässiger Unkenntnis über die Formnotwendigkeit befunden hat. In diesem Falle lehnt das Reichsgericht überhaupt die Möglichkeit der Einwirkung auf den Irrtum des Gegners ab[14]). Besser würde man diese Behauptung allerdings mit dem vom Reichsgericht vielfach vertretenen Grundsatz[15]) begründen, daß die spätere Aufgabe einer irrigen Rechtsanschauung an

13) dazu vergl. Gruch. 68/662.
14) RG 96/315.
15) Warn. 1909 Nr. 451; JW 1906 S. 15/16. RG 23/87, 88.

sich, d. h. sofern sie nicht nur zum Nachteil des Vertragsgegners geschieht, niemals ein unzulässiges, gegen Treu und Glauben verstoßendes gegensätzliches Verhalten darstellen kann[16]).

16) dazu Staudinger § 242 III 2 b.

Teil II.

Kritik der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

A. Formelle Bedenken gegen die Anwendung der Arglisteinrede.

1. Kapitel.

Grundsätzliche Stellungnahme zur exceptio doli generalis.

Die hier behandelte Rechtsprechung des Reichsgerichts ist vielfach schon aus grundsätzlichen Erwägungen gegen die Einrede der allgemeinen Arglist abgelehnt worden. Es soll daher an dieser Stelle kurz auf deren Herkunft, Wesen und Bedeutung eingegangen werden. Daran mag sich eine Darstellung und Kritik ihrer Konstruktion seitens des Reichsgerichts unter der Herrschaft des BGB anschließen. Und schließlich soll geprüft werden, ob und inwieweit die gegen die exceptio doli erhobenen Einwände berechtigt sind.

Die Einrede der allgemeinen oder besser: gegenwärtigen Arglist ist eine Rechtseinrichtung, die aus dem römischen und gemeinen Recht übernommen wurde und vom Reichsgericht von jeher in ständiger Rechtsprechung gebraucht wird[17]).

Ihr Wesen besteht darin, daß immer dann, wenn die Geltendmachung eines Anspruchs im Prozeß wider Treu und Glauben verstößt, d. h. arglistig erscheint, eine Einrede mit der Wirkung erhoben werden kann, daß die arglistig handelnde Partei mit ihrem „an sich gegebenen Recht" ausgeschlossen wird.

Im römischen Recht diente sie dazu, den Unterschied zwischen den iudicia stricti iuris und den iudicia bonae fidei auszugleichen. Während das iudicium bonae fidei von dem Gedanken der aequitas durchdrungen war, bestand bei dem iudicium stricti iuris keine andere Möglichkeit, den Gedanken der aequitas durchzusetzen, als durch Einfügung einer besonderen Klausel in die formula des Praetors: „si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque

17) RG 53/420; 58/356 (JW 1904 482); 58/429 JW 1919 S. 555); 57/66 ff; 64/222; 85/117; 86/195; JW 1909 S. 89, 337; 1909 S. 63; SeuffArch. 37, 581.

fiat"[18]). Hierdurch wurde dem Beklagten für den Fall, daß der klägerische Anspruch arglistig erlangt war — „dolo malo factum sit" — die exceptio doli specialis oder praeteriti, und für den Fall, daß die Geltendmachung im Prozeß wider Treu und Glauben verstieß — „dolo malo fiat" — die exceptio doli generalis oder praesentis gegeben.

Im gemeinen Recht war die Einrede der allgemeinen Arglist als fertige Rechtseinrichtung gewohnheitsrechtlich übernommen und hat dort wesentlich zur weiteren Rechtsentwicklung beigetragen. Das BGB hat sie weder ausdrücklich aufgenommen noch irgendwie anerkannt oder ihr Bestehen vorausgesetzt. Auch die Entstehungsgeschichte des BGB läßt es unklar, ob sie in bestehenden Bestimmungen (§§ 157, 242) enthalten oder ausgeschlossen sein sollte[19]).

Das RG hat sie trotzdem weiterhin in ständiger Rechtsprechung verwandt[20]). Dabei benutzt es drei Möglichkeiten der Konstruktion. Einmal arbeitet es mit den §§ 826, 249 (Bd. 86 S. 195), das andere Mal leitet es die Arglisteinrede aus § 242 her (Bd. 53, S. 426), oder es greift zur Analogie des in verschiedenen gesetzlichen Vorschriften (§§ 133, 138, 1557, 162, 242, 826 usw.) zum Ausdruck kommenden, das ganze bürgerliche Recht beherrschenden Grundgedankens von Treu und Glauben (Bd. 58, S. 429; Bd. 85, S. 117). In Bd. 71 S. 435 läßt es wiederum dahingestellt, welche Methode richtigerweise anzuwenden sei.

In den hier zu behandelnden Fällen ist durchweg der Weg der Naturalrestitution über die §§ 826, 249 eingeschlagen worden. Dabei konstruiert das RG[21]) folgendermaßen: in der Berufung auf die Formnichtigkeit im Prozeß liegt eine unerlaubte Handlung — zwar nicht schon an sich, sondern in Verbindung mit dem voraufgegangenen Tun, der schuldhaften Irrtumserregung — und der Herstellungsanspruch über § 249 geht dahin, den Zustand herzustellen, der ohne diese unerlaubte Handlung bestehen würde. Der Vertrag wird als formgültig behandelt.

---

18) Gaius, Institutiones IV, de exceptionibus, § 119, 4.

19) vgl. Mugdan Bd. 1 S. 796 und Bd. II S. 1310 ff.

20) vgl. oben Anm. 17.

21) RG 107, S. 357 ff (364), 115, 35 ff (44), SeuffArch 63 Nr. 196; JW 1926, 1810.

Demgegenüber hat man mit Recht eingewandt[22]), es fehle hier an dem für einen Schadensersatz notwendigen Kausalzusammenhang zwischen der Vermögensschädigung und der schädigenden Handlung. Im Augenblick der Geltendmachung der Formnichtigkeit liege der Schaden bereits vor, da der Vertrag schon vorher nichtig und diese Nichtigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen gewesen sei[23]). Durch die Geltendmachung erhalte der Gegner infolgedessen lediglich eine schlechtere Prozeßstellung.

Andere gehen davon aus, daß der Schaden erst mit der Rechtskraft des Urteils eintrete, sodaß vorher nur an einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch gedacht werden könne[24]), — umsomehr, als neuerdings hierfür ein nur drohender Eingriff in ein Rechtsgut genüge[25]).

Ähnlich weist Hildebrandt[26]) darauf hin, daß im Endergebnis ein innerer Unterschied zwischen den einzelnen Konstruktionsmethoden des RG bezüglich der exceptio doli generalis nicht bestände, denn „die Gesetzesmittelbarkeit des § 826 verlange auch nur (wie § 242!) einen Sitten-, also innerhalb bestehender Sonderverbindungen einen Treuverstoß, dagegen hier ebensowenig wie die aus § 826 begründete vorbeugende Unterlassungsklage Eintritt oder Vorsatz der Schadenszufügung."

Wenn die Ursache der erwähnten Bedenken auch ein tiefer begründeter Fehler in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist, wie weiter unten dargetan werden soll, so hätte das Reichsgericht doch gerade diese Einwände vermeiden können, wenn es mehr erkannt und betont hätte, daß die exceptio doli ihrem Wesen nach ein Rechtsinstitut ist, das im Grunde von den Vorschriften des BGB losgelöst, lediglich einigen Bestimmungen des BGB gedanklich verwandt ist. Denn tatsächlich ist die exceptio doli in die Kodifikation des BGB in keiner Weise übernommen worden.

---

22) Hoeniger, Ztschr. d. Dtsch. NotVereins 1909, S. 673 ff.

23) RG 61/267; JW 1922, S. 1195.

24) So Brenner; die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des RG. Diss. Frankfurt 1926, der jedoch diesen Gedanken nur anregt, S. 15 ff.

25) RG 101/339 ff.

26) Rechtsfindung im neuen deutschen Staat, S. 67 ff.

So hat auch die Herleitung der Arglisteinrede aus § 242 zu formellen Bedenken geführt, denen zufolge zuvor anerkannt werden mußte, daß § 242 nicht nur das „Wie", sondern auch das „Ob" der Leistung bestimme, d. h. nicht nur lückenergänzende sondern auch berichtigende Funktion habe. — Überdies wurde dem § 242, obgleich er im Recht der Schuldverhältnisse stehe, dennoch Bedeutung für das ganze bürgerliche Recht — insbesondere auch die dinglichen Rechtsgeschäfte — zugesprochen.

Gegen die Konstruktion der exceptio doli auf dem Wege der Analogie wies man wie gewöhnlich auf das „argumentum e contrario" hin. — Dennoch hat das Reichsgericht in übergroßer Ängstlichkeit davor, aus dem Recht „praeter legem" zu schöpfen, ganz im Sinne der vergangenen Zeit des Positivismus immer wieder „zu konstruieren" versucht. Die gesetzliche Kodifikation galt als ein geschlossenes System des Rechts, das aus sich selbst heraus jeweils zu ergänzen sei; andere höhere Rechtsquellen gab es nicht.

Ein weiteres Bedenken, das schon bei Schaffung des BGB[27]) und auch später wiederholt[28]) auftauchte, geht dahin, daß die exceptio doli den Richter über das Gesetz stelle, ihm Machtbefugnisse gebe, die nicht in seiner Stellung begründet seien, und schließlich zu einem Zustand der Rechtsunsicherheit führe. Sie verwische die Grenzen zwischen Recht und Moral und setze in höchst bedenklicher Weise an die Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters.

Derartige Bedenken scheiden in heutiger Zeit — so sehr sie auch berechtigt gewesen sein mögen — von vornherein aus. Alles Denken ist heute einheitlich am Wohle des Volksganzen auszurichten. Darum kann es grundsätzlich auch dort, wo der Richter „nach billigem Ermessen" Recht sprechen soll — und etwas anderes will die exceptio doli in Wahrheit nicht — nur einen Maßstab und demzufolge nur eine Auffassung geben von dem, was Treu und Glauben entspricht.

Es handelt sich dabei nicht um eine „Flucht in die Generalklauseln"[29]), die den Richter von verantwortungsvoller Rechtsan-

27) vgl. Mugdan, a. a. O.

28) s. besonders Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse S. 155 ff.

29) vgl. das gleichnamige Werk von Hedemann.

wendung zugunsten einer rein gefühlsmäßigen Rechtsprechung entbindet. Vielmehr hat der Richter in jedem Falle die bestimmenden Rechtsgedanken sorgfältig zu prüfen und aufzuzeigen, warum gerade hier nach Treu und Glauben jene Entscheidung gerechtfertigt ist.

Auch der Einwand, die exceptio doli sei deshalb überflüssig, weil in jedem Falle bei richtiger Gesetzestechnik (!) zu gleichen Ergebnissen zu kommen sei[30]), ist praktisch nicht zu halten. Man denke nur an die Fälle der Arglistreplik gegenüber der Verjährungseinrede dessen, der die Unterbrechung der Verjährung selbst verhindert hat![31])

Das Gesetz ist eben kein lückenloses, geschlossenes System, und häufig ist der Richter gezwungen, auf das hinter dem Gesetz stehende, als allgemeiner Volkswille zu denkende Recht, den Grund allen Rechts, zurückzugreifen, um zu einer billigen und gerechten Entscheidung zu gelangen. Dabei führt mit Recht das Streben über bloße Kasuistik hinaus zur Formulierung abstrakter, gemeinsame Elemente enthaltender Rechtssätze, deren Bedeutung in der Regel auch der Arglisteinrede zugeschrieben wird.

An dieser Stelle hat jedoch die eigentliche Kritik der exceptio doli einzusetzen. Entgegen allem äußeren Schein kommt ihr keineswegs der Wert eines lückenergänzenden, allgemeingültigen Obersatzes zu. Vielmehr ist sie in ihrer bisherigen Gestalt für unser geltendes Recht geradezu ein begrifflich unhaltbares Rechtsinstitut.

Macht man sich nur einmal die eigentliche ursprüngliche Bedeutung der Arglisteinrede als eines Mittels, den Gedanken der aequitas in das gesamte römische Recht zu tragen, klar, so muß man zu dem Schluß kommen, daß sie im heutigen bürgerlichen Recht ein Unding ist. Hat doch das BGB entsprechend dem iudicium bonae fidei den Gedanken der aequitas in sich aufgenommen! Alles, was Treu und Glauben widerspricht, ist demzufolge von Amts wegen zu beachten, so daß für eine „Einrede" hier überhaupt kein Raum ist. Mit Recht haben sich darum mehr und mehr Stimmen

30) Schneider, Treu und Glauben, S. 155.
31) RG 87/281; 109/306; 118/175.

gefunden, die statt dessen von „einem Einwand (!) der allgemeinen Arglist" sprechen[32]). Denn es kann sich begrifflich um gar nichts anderes, als um einen von Amts wegen zu beachtenden Einwand handeln, dem in seiner Selbstverständlichkeit keineswegs die Bedeutung eines besonderen selbständigen Rechtssatzes zukommt.

Allerdings hat die exceptio doli im Laufe der Zeit den Anschein einer gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsnorm gewonnen. In jeder Entscheidung, die die Arglisteinrede anwendet, sieht man demzufolge lediglich die Fortsetzung einer konstanten Rechtsprechung, ohne sich darüber klar zu werden, daß es durchaus nicht für alle Fälle gewohnheitsmäßig feststeht, was Treu und Glauben entspricht, sondern daß der Richter in jedem Falle neu zu prüfen und zu erwägen hat, aus welchen — immer verschieden gelagerten — Gesichtspunkten die exceptio doli hier gerade anzuwenden ist.

Es ist darum Brenner (a. a. O.) durchaus darin zuzustimmen, daß die exceptio doli in Wahrheit lediglich ein Deckmantel kasuistischer Rechtsfindung oder richtiger Gesetzes- oder Rechtsgeschäftsauslegung ist, — als solcher allerdings sehr wohl geeignet, gerade in der heutigen Zeit das Eindringen des neuen Rechts zu fördern und zu legalisieren.

Diesem Umstand hat sie es auch wohl zu verdanken, daß man sich bemüht, ihr nunmehr in den Begriffen des „Rechtsmißbrauchs" oder der „Unzulässigkeit der Rechtsausübung" ein Denkmal zu setzen.

Im Grunde will diese neue, besonders von Siebert[33]) herausgestellte Lehre, die erfreulicherweise auch bereits in die Rechtsprechung des Reichsgerichts[34]) Eingang gefunden hat, lediglich betonen, daß jedem Recht eine von Treu und Glauben gesetzte Schranke innewohnt, die der Richter in jedem Falle zu beachten hat. Diese Schranken sind im Gegensatz zu der früheren Auffassung nicht mehr von außen an ein „an sich gegebenes Recht" her-

---

32) Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem BGB und Brenner, a. a. O., S. 16 ff (18).

33) „Verwirkung der Unzulässigkeit der Rechtsausübung" und „Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs".

34) RG 144/379; 145/315; 146/376.

angetragen zu denken, sondern bestimmen von vorneherein den Inhalt des Rechts. Ein Anspruch, der gegen Treu und Glauben verstößt, ist gar kein Rechtsanspruch mehr, und seine Geltendmachung ist Rechtsüberschreitung. Darum sind auch die Ausdrücke „Rechtsmißbrauch" und „Unzulässige Rechtsausübung" im Grunde nicht nur überflüssig, sondern geradezu irreführend. —

Diese Änderung der Auffassung wird nun allerdings nur in den wenigsten Fällen, besonders auch der hier gedachten Art, praktisch zu einer Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung führen. Denn die Tatsache, daß die Geltendmachung eines Rechts Treu und Glauben widerspricht, kann von dem Gericht häufig nur erkannt werden, wenn die bestimmenden Tatsachen von der Partei vorgetragen, also geltend gemacht, werden. Und andererseits war es bisher dem Richter stets möglich, die betreffende Partei auf ihr Einrederecht zu verweisen, wenn ihm ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu wissen kam, und somit auf die Geltendmachung der exceptio doli hinzuwirken.

So kommt man im Ergebnis auch bei Ablehnung der Arglisteinrede in ihrer bisherigen Gestalt keineswegs zu einer Ablehnung der hier in Frage stehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts. Denn der Gedanke von Treu und Glauben, den die exceptio doli in das bestehende Recht hineinzubringen bestrebt und geeignet war, ist heute mehr beherrschend denn je, zumal er auch dem Recht weniger gefährlich ist.

Der Unterschied ist fast ausschließlich begrifflich-konstruktiver Art.

2. Kapitel.

Das grundlegende Bedenken, die Arglisteinrede gerade gegen die Geltendmachung der Formnichtigkeit eines Vertrages anzuwenden.

Der entscheidende Fehler in der Rechtsprechung des Reichsgerichts liegt nicht darin, die exceptio doli überhaupt angewendet zu haben, sondern darin, daß das Reichsgericht sie hier in Fällen angewandt hat, in denen sie begrifflich von vornherein fehl am Platze war.

Die Kritik, die sich, wie schon ausgeführt wurde, insbesondere gegen die Herleitung der allgemeinen Arglisteinrede aus den §§ 826, 249 BGB gerichtet hat, da ein Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und Vermögensschädigung gar nicht bestehe, trifft etwas Richtiges. Sie verkennt jedoch das wirklich Ausschlaggebende.

Es ist hervorgehoben worden, daß jene Kausalität darum nicht möglich sei, weil der Vertrag von Anfang an nichtig und diese Nichtigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen sei, sich sogar jeder Dritte auf sie berufen könne[35]). Darum habe der Gegner durch die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages keinen Schaden, sondern lediglich eine schlechtere Prozeßstellung erhalten. —

Im Anschluß an diese Ausführungen hätte man unbedingt folgendes erkennen müssen: Die exceptio doli ist als echte Einrede im Sinne des bürgerlichen Rechtes ein „Gegenrecht", welches begrifflich nur einem „Recht" entgegengesetzt werden kann. Wenn nun aber feststeht, daß der formgerechte Abschluß eines Rechtsgeschäftes notwendige Klagegrundlage und als solche vom Gericht ohne weiteres zu prüfen ist, so ergibt sich daraus, daß die Formnichtigkeit des Vertrages keineswegs ein besonderes Recht der betreffenden Vertragspartei ist, die sich auf sie beruft. Folglich ist die Geltendmachung der Formnichtigkeit auch nicht eine Treu und Glauben widersprechende „Rechtsausübung" der die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden könnte.

Ebensowenig kommt eine der sogen. „Lehre vom Rechtsmißbrauch" entsprechende „Rechts"-Überschreitung in Betracht, denn auch diese ist dort undenkbar, wo gar kein Recht geltend gemacht wird. — Wir haben es vielmehr lediglich mit einer rechtsbegründenden, bzw. rechtsausschließenden Tatsache zu tun, die nicht beliebig immer dann, wenn sie rechtsähnlich erscheint, auch wie ein Recht behandelt werden darf.

Hinzu kommt, daß infolge der Verkennung dieser Umstände die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu unerträglichen Ergebnissen führen kann und muß.

Wie ist es z. B., wenn die Nichtigkeit des Vertrages sich ohne

35) JW 1909, S. 676 und S. 131. GruchBeitr. 54/165; RG 93/75.

weiteres aus dem Parteivorbringen ergibt und infolgedessen auch ohne, daß sich eine Partei besonders auf sie beruft, gerichtsbekannt ist? Das Reichsgericht weist verschiedentlich darauf hin, daß die Einrede der Arglist für die Fälle ausgeschlossen sei, in denen die Formnichtigkeit auch ohne ihre Geltendmachung seitens einer Partei von Amtswegen hätte berücksichtigt werden müssen[36]).

Danach soll offenbar die exceptio doli nur dann gegeben werden, wenn sich die Gegenpartei ausdrücklich auf die Nichtigkeit des Vertrages infolge eines Formmangels berufen hat. Hat dagegen diese Partei lediglich Tatsachen vorgebracht, aus denen das Gericht auf die Nichtigkeit des Vertrages schließen muß, während sie selbst ihren Anspruch, bzw. ihren Einwand scheinbar auf andere rechtliche Grundlagen stützen will, so kann ihr die Arglisteinrede nicht entgegengehalten werden.

Auf diese Weise wird die Entscheidung augenscheinlich von bloßen Zufällen abhängig gemacht. Insbesondere aber kann es auf die mehr oder weniger geschickte Prozeßführung der arglistigen Partei ankommen, der es ja freisteht, den einen oder anderen Weg zu wählen.

Die jetzt ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts erklärt sich wohl daraus, daß sie, abgesehen von der ersten, sogleich aufs heftigste bekämpften[37]) Entscheidung in Gruch. 52 S. 1044 ausgegangen ist von den nach der Inflation einsetzenden Rückforderungen von Grundstücken. Die grundlegnde Entscheidung in Bd. 107, S. 357 ff. erging im Jahre 1923 und betrifft, wie auch die nächstfolgenden, einen dieser Fälle.

Die wegen Steuerersparnis in der Inflationszeit durch Einsetzung eines falschen Kaufpreises falsch beurkundeten und um deswillen nichtigen Kaufverträge waren zum Teil auch nach erfolgter Auflassung und Eintragung nicht geheilt, weil es an der gem. §§ 1 ff., 10 ff. des Preuß. Gesetzes über den Verkehr mit Grundstücken vom 10. 2. 1923 notwendigen Genehmigung fehlte[38]). Nach Beendigung der Inflation stellte dann gewöhnlich der Verkäufer fest, daß er zu

---

36) RG 107/365, 118/275; 78/134.

37) Reichel, ArchzivPr. Bd. 104, S. 1 ff; Hoeniger a. a. O., S. 673 ff; Josef, ArchbürgR 36/60 ff; Oertmann, Recht 1914 S. 8 ff.

38) RG 115/35 ff.

kurz gekommen sei, und beantragte seine Wiedereintragung, bzw. Rückgängigmachung der Auflassung im Wege der Kondiktion, indem er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages berief.

Hier erhält zunächst die Rechtsprechung des Reichsgerichts den Anschein der Richtigkeit, weil seitens des Klägers ein Recht — der Kondiktionsanspruch — geltend gemacht wird und es auf den ersten Blick erscheint, als sei die Arglisteinrede diesem Recht entgegengesetzt.

Die Folge davon müßte jedoch sein, daß der Kläger — Verkäufer — mit seinem Rückforderungsanspruch ausgeschlossen würde, dagegen der Beklagte — Käufer — hinsichtlich seiner Leistung durch die Arglisteinrede nicht berührt würde: er würde infolge der Nichtigkeit des Vertrages nicht zur Leistung verpflichtet sein und gegebenenfalls das bereits Geleistete zurückverlangen können. In Wirklichkeit aber kommt das Reichsgericht, wenn es die Einrede der Arglist gegenüber dem klägerischen Anspruch für berechtigt hält, zu dem Ergebnis, daß der Vertrag für und gegen beide Parteien als gültig zu behandeln sei. Daraus geht hervor, daß nicht die Geltendmachung des Kondiktionsanspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, sondern lediglich die Geltendmachung der Nichtigkeit, die diesen Anspruch begründet. Gegen diese allein kann und soll folglich die exceptio doli gerichtet sein.

Das Gleiche ergibt sich noch klarer, wenn man an den umgekehrten Fall denkt, in dem der Käufer als Kläger auftritt und Erfüllung des Vertrages verlangt, der Verkäufer dagegen als Beklagter die Nichtigkeit einwendet. Daß die vom Kläger demgegenüber erhobene Arglisteinrede sich hier gegen die Geltendmachung der Nichtigkeit, und lediglich gegen diese, richtet, ist selbstverständlich. Etwas anderes kann dann aber für die Fälle, in denen zufällig die Rollen vertauscht sind, nicht gelten.

Später war die Rechtsprechung des Reichsgerichts in dieser Richtung so eingewurzelt, daß man den Fehler, auch als andere Fälle zur Entscheidung standen, nicht mehr bemerkte. —

Es wäre nun aber in heutiger Zeit völlig unangebracht, auf diesem Wege rein formeller Kritik endgültig zur Ablehnung einer langjährigen, bewährten Rechtsprechung zu kommen. Ist es doch im Wege richtiger Rechtsfindung heute überall

möglich, zu einer Entscheidung zu gelangen, die man für billigens- und wünschenswert hält!

Es soll darum Aufgabe der folgenden Ausführungen sein, zu prüfen und festzustellen, ob und inwieweit die methodisch zwar unhaltbare Rechtsprechung des Reichsgerichts ihrem Ergebnis nach gerecht und billig erscheint und infolgedessen auf andere Weise fortgesetzt werden kann und muß, und ob ihr nicht evtl. überwiegende Bedenken anderer Art entgegenstehen.

Zuvor sei jedoch noch auf einen weiteren Mangel in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung hingewiesen, vor dem man sich bei jenem Vorhaben von vorneherein zu hüten hat.

3. Kapitel.

I. Der gesetzmäßige Weg zur Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge.

Abgesehen von den erörterten allgemeinen Bedenken bei Anwendung der Arglisteinrede ist folgendes zu berücksichtigen. Das Reichsgericht verwendet damit, daß es sich auf die Lehre von der allgemeinen Arglist stützt, ganz allgemeine Gesichtspunkte, ohne zuvor zu untersuchen, ob man nicht von konkreten Bestimmungen aus eine Lösung finden kann.

Das gilt vor allen Dingen für die Fälle, in denen bereits bei Abschluß des Vertrages der Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklicht war. Hier hätte das Reichsgericht zum mindesten in jedem Falle prüfen müssen, ob nicht schon auf dem Wege über die Herstellungspflicht des § 249 BGB für die getäuschte Partei ein Anspruch auf Erfüllung hätte begründet werden können.

Denn soweit das Gesetz selbst den Weg zu einer richtigen Entscheidung aufzeigt, muß man diesen zu gehen versuchen, ehe man auf allgemeine Grundsätze zurückgreift. Erst wenn das Gesetz versagt, indem es Lücken aufweist oder gar dem Gerechtigkeitsempfinden des Volkes zuwiderläuft, wie das vor allem heute bei den noch geltenden Gesetzen früherer Zeit der Fall sein kann, darf der Richter auf andere Rechtsquellen zurückgehen.

Trotz der Möglichkeit einer übergesetzlichen Rechtsfindung ge-

nießt das Gesetz stets eine Vorzugsstellung, nicht nur im Interesse der Rechtssicherheit, sondern auch im Interesse des Staates und des Gebotes der Gerechtigkeit. Beide verlangen eine gleichmäßige Rechtsanwendung, — und zwar der Staat „im Interesse der Einheit des Volksganzen und der Kontinuität des Volkslebens"[39]).

Dabei ist noch ganz abgesehen von dem Eigenwert, den das Gesetz auch außerhalb des Rechtsempfindens auf weitem Boden besitzt, und zwar in den vielen Fällen des Alltags, in denen zwei gleich billigenswerte Forderungen, die beide Gründe für und gegen sich haben, einander gegenüberstehen. Hier kann allein das Gesetz helfen, indem es „Wegweiser ist und den gordischen Knoten durchschlägt"[40]).

Die erste vereinzelte Entscheidung des Reichsgerichts[41]) hat im Schrifttum eine Reihe kritischer Abhandlungen zur Folge gehabt. Fast alle kommen sie unter Ablehnung der Ansicht des Reichsgerichts zu dem Ergebnis, daß höchstens in den Fällen, in denen sich die eine Partei bereits bei Abschluß des Vertrages arglistig verhalten und dadurch einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 826 oder 823 II BGB schuldig gemacht hat, unter gewissen gesetzmäßigen Voraussetzungen die Erfüllung des Vertrages als Schadensersatzleistung von Seiten der verletzten Partei verlangt werden könne. Im einzelnen — insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen — gehen jedoch die Meinungen auseinander. Es soll nunmehr an dieser Stelle versucht werden, unter Darstellung und Kritik der verschiedenen Ansichten den richtigen Weg herauszufinden.

Bewußt wird immer nur von einem „Anspruch auf Erfüllung" des Vertrages gesprochen. Es handelt sich bei diesen Fällen der Schadensersatzhaftung nicht etwa um die Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages, sondern genau genommen sogar um

1. einen Schadensersatzanspruch auf Abschluß eines formgültigen Vertrages,
2. den Anspruch auf Erfüllung dieses Vertrages.

---

39) Larenz, Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie S. 25.
40) Heinrich Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat S. 25/26.
41) SeuffArch 63/196; Gruch. 52/1044; Warn. 1908 Nr. 38; s. oben S. 12.

Eine Verbindung beider Ansprüche in einer Klage ist jedoch in der Regel zuzulassen, sodaß sie sich im Ergebnis als ein Erfüllungsanspruch darstellen und darum der kürzere Ausdruck gerechtfertigt erscheint.

Reichel[42]) kommt als erster der Reihe allerdings zu dem Ergebnis, daß die Erfüllung eines formnichtigen Vertrages unter keinen Umständen verlangt werden könne. Sofern die Voraussetzungen des § 826 (823 II in Verb. mit § 263 StGB) gegeben seien, könne gemäß § 249 lediglich Ersatz des negativen Interesses gefordert werden, das allerdings nicht, wie in den Fällen der §§ 118, 122, 307, 179 II, nach oben durch das positive Interesse zu begrenzen sei. Denn es handele sich ja nicht, wie dort, um eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, sondern um eine Deliktshaftung.

Diese Auffassung ist, wie die weiteren Darstellungen ergeben werden, zu eng.

Hoeniger[43]) will den Mittelweg zwischen dem Reichsgericht und Reichel gehen und immer dann, wenn bei Abschluß des Vertrages ein arglistiges Verhalten der einen Partei vorlag, aus den §§ 826, 249 einen Anspruch auf Erfüllung des formwidrig abgeschlossenen Vertrages herleiten. Die Norm des § 249 fordere nämlich nicht die Herstellung des Zustandes, wie er vor dem Delikt gewesen sei, sondern desjenigen Zustandes, wie er sich „ohne das Delikt gestaltet hätte, — d. h. wenn die Handlung des Beklagten statt einer rechtswidrigen eine rechtmäßige gewesen wäre"[44]).

Er unterstellt geradezu: „Wäre die Handlung nicht deliktisch gewesen, so wäre ein formgültiges Geschäft zustande gekommen." Daß ein derartiger Schluß zu weit geht, liegt auf der Hand. Es ist ja gar nicht sicher, daß ohne das „deliktische Handeln" überhaupt ein Handeln vorgelegen haben würde, sich die arglistige Partei nicht vielmehr gerade nur wegen ihres deliktischen Vorhabens auf den Geschäftsabschluß eingelassen hat.

Darum kommen die Ansichten von Josef[45]) und Oertmann[46]) dem m. E. richtigen Ergebnis bei weitem näher.

---

42) ArchzivPr. Bd. 104/40 ff (44, 48).
43) Ztschr. f. d. Dtsch. NotVerein. 1909 S. 673 ff.
44) a. a. O., S. 686.
45) ArchbürgR. Bd. 36 S. 60 ff.
46) Recht 1914 Sp. 8 ff.

Josef führt aus: Die geschädigte Partei könne über § 249 zwar grundsätzlich nicht Erfüllung des nichtigen Vertrages verlangen, sondern nur das negative Interesse. Da der Anspruch aus § 249 aber auf „Herstellung", nicht „Wiederherstellung", gehe, könne sie verlangen, daß der Zustand hergestellt werde, „der bei normalem Lauf der Dinge ... vorliegen würde, — immer vorausgesetzt, daß der Ersatzberechtigte schon vor der Schädigung auf diesen Zustand einen Rechtsanspruch hatte"[47]). Unter dieser Voraussetzung wäre unter Umständen auch ein Anspruch auf Erfüllung gegeben.

Demgegenüber wendet Oertmann mit Recht ein, daß doch gerade dann, wenn man es auf einen „Rechtsanspruch" ankommen lasse, nur eine „Wiederherstellung" des alten Zustandes vorliege. Der „Herstellungs"-anspruch des § 249 verlange vielmehr, daß „in die Berechnung (des Schadens) auch das Ergebnis der hypothetischen oder fiktiven, mittels Abstraktion von dem schädigenden Ereignis gedankenmäßig vorgestellten Fallentwicklung einbezogen" werde[48]), d. h. es komme auf den tatsächlichen Verlauf der Dinge an, wie er sich ohne die deliktische Handlung gestaltet haben würde.

Folgendes Beispiel diene zur Erläuterung: Beim Abschluß eines Grundstückskaufvertrages schlägt der Verkäufer vor, einen Teil des Kaufpreises der Steuerersparnis wegen unbeurkundet zu lassen. Im Stillen hat er jedoch dabei die arglistige Absicht, den Vertrag auf diese Weise ungültig zu machen, um sich evtl. später, falls er noch einen besseren Käufer fände, auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen zu können. — Der andere Teil geht auf den Vorschlag ein. — Noch ehe Auflassung und Übergabe des Grundstücks erfolgt sind, hat sich der besser zahlende Käufer gefunden. Der Verkäufer verweigert nunmehr die Erfüllung des ersten Kaufvertrages, indem er sich auf den Formmangel beruft.

Nach Josef würde die Klage des Käufers auf Erfüllung nur dann Erfolg haben, wenn es ihm gelänge, nachzuweisen, daß der Verkäufer sich bei Abschluß des Vertrages arglistig verhalten hat, und daß er — der Käufer — überdies schon vor dem arglistigen Ver-

---

47) a. a. O., S. 64.
48) a. a. O., Sp. 9.

halten des Vertragsgegners einen Rechtsanspruch auf Abschluß eines formgültigen Vertrages gehabt habe. Nach „Wiederherstellung" des ursprünglichen Zustandes, kann er dann diesen alten Rechtsanspruch durchsetzen. — Dabei besteht die Herstellungspflicht des Beklagten gemäß § 249 lediglich darin, auf eine etwaige Verjährungseinrede oder irgend eine andere in der Zwischenzeit gegen den früheren Anspruch des Klägers erworbene Einrede zu verzichten, sofern ihm diese ohne den formnichtigen Geschäftsabschluß nicht zustehen würde. Er muß sich m. a. W. ganz so behandeln lassen, als bestehe der Zustand vor Abschluß des formwidrigen Vertrages noch. —

Nach Oertmann dagegen tritt an die Stelle des Rechtsanspruchs der weitere Nachweis des Klägers, daß es jedenfalls auch zum Abschluß eines formgültigen Vertrages gekommen wäre, wenn er — der Käufer — sich mit dem Vorschlag des Beklagten — Verkäufers —, den Kaufpreis falsch beurkunden lassen zu wollen, nicht einverstanden erklärt hätte.

Allerdings gibt Oertmann zu, daß dieser Nachweis nur in den seltensten Fällen zu führen sei. Darum will er auf dem Wege über § 252 (entgangener Gewinn) darüberhinaus immer dann einen Anspruch auf Erfüllung begründet sein lassen, wenn die arglistige Partei sich geradezu zu dem formellen Abschluß bereit erklärt und den Gegner nur durch die arglistige Hinzufügung, es bedürfe rechtlich keiner Form, von der Formwahrung abgebracht habe. Der arglistige Teil könne sich später nicht darauf berufen, daß er innerlich nie bereit gewesen sei, das Geschäft formgerecht abzuschließen. „Das wäre für das Vorhandensein der Erwartung im Sinne des § 252 ganz unerheblich, da diese offenbar nur von objektiven Gesichtspunkten abhängen kann."

Auf obiges Beispiel bezogen, würde demnach der Beweis des Klägers, daß der Beklagte auch zu einem formgerechten Abschluß bereit g e w e s e n s e i, schon dann als erbracht zu gelten haben, wenn er dartun könnte, daß der Beklagte sich ursprünglich ausdrücklich dazu bereit e r k l ä r t h a b e, während der Vorschlag, einen Teil des Kaufpreises unbeurkundet zu lassen, erst im Laufe der Verhandlungen von ihm gemacht worden sei.

M. E. beruht diese Auffassung auf einer Verkennung des § 252,

der in Wahrheit nur eine teils ausdehnende, teils einschränkende Ergänzung des § 249 darstellt: Durch Satz 1 begreift er in den gemäß § 249 zu ersetzenden Schaden auch den entgangenen Gewinn ein; durch Satz 2 schränkt er — nach herrschender, materiellrechtlicher Auffassung — diese Tatsache wiederum dahin ein, daß der entgangene Gewinn nur dann zu ersetzen ist, wenn zwischen ihm und dem schädigenden Ereignis ein von vornherein vorauszusehender Kausalzusammenhang besteht.

Es ist nun zwar möglich, den Erfüllungsanspruch, um den es sich hier handelt, dem Herstellungsanspruch des § 249 schlechthin oder dem in § 252 behandelten Anspruch zuzurechnen. Das eine Mal müßte man mehr auf die zur Zeit des deliktischen Handelns bestehenden Vertragsverhandlungen abstellen, aus denen das die Haftung begründende Verhalten fortzudenken ist. Das andere Mal müßte man den Abschluß eines formgültigen Vertrages als ein selbständiges Ereignis ansehen, das von dem formlosen Abschluß gänzlich losgelöst ist. Der einzige praktische Unterschied besteht jedoch darin, daß im zweiten Falle der Anspruch der ausdrücklichen Beschränkung des § 252 II unterliegt.

Aus diesem Grunde ist es m. E. richtiger, hier nur den Herstellungsanspruch des § 249 im Auge zu haben, um auch dann einen Anspruch auf Erfüllung anerkennen zu können, wenn tatsächlich — entgegen der ursprünglichen und objektiven Wahrscheinlichkeit — nachgewiesen wird, daß es ohne das schuldhafte Verhalten zu einem endgültigen Vertragsschluß gekommen wäre.

Keinesfalls bedeutet § 252 eine Erweiterung des § 249 in der Weise, daß alles das als entgangener Gewinn zu ersetzen sei, was vom Standpunkt der ersatzberechtigten Partei zur Zeit des schädigenden Ereignisses mit Wahrscheinlichkeit als Gewinn zu erwarten war. Vielmehr kommt es in § 252 ebenso wie bei § 249 allein darauf an, was bei nachträglicher Beurteilung seitens des Richters mit höchster Wahrscheinlichkeit tatsächlich eingetreten wäre.

Es müssen folglich in jedem Falle besondere Umstände nachträglich objektiv darauf schließen lassen, daß die arglistige Partei sich auch zum Abschluß eines formgültigen Vertrages bereit gefunden haben würde. Beispielsweise müßte dargetan werden, daß sie ein besonderes Interesse daran hatte, den Gegner an einen

Grundstückskaufvertrag zu binden, um zu verhüten, daß er ein bestimmtes anderes Grundstück kaufe, oder daß sie etwa auf irgend eine andere Weise durch besondere tatsächliche Verhältnisse oder rechtliche Verpflichtungen dritten Personen gegenüber gezwungen war, den Vertrag auf jeden Fall abzuschließen.

Demgegenüber läßt Oertmann nicht einmal den klaren Gegenbeweis, daß es zum Abschluß eines formgerechten Vertrages nie gekommen wäre, gelten, wenn lediglich feststeht, daß der Täter infolge der ausdrücklichen Zusicherung seines Vertragsgegners von seinem Standpunkt aus mit einem formgültigen Vertragschluß rechnen konnte.

Daß diese Auffassung zu weit geht, wird besonders klar, wenn man versucht, die Fälle, in denen die arglistige Partei sich ausdrücklich zum Abschluß eines formgültigen Vertrages, d. h. zur Wahrung der und der bestimmten Form, bereit erklärt hat, von den Fällen abzugrenzen, in denen sie lediglich geäußert hat, „rechtswirksam" abschließen zu wollen. „Rechtswirksam" muß doch dem Sinne nach gleichbedeutend mit „formgültig" sein, denn nur formgültige Verträge sind tatsächlich auch rechtswirksam. Diese letztere Erklärung liegt nun aber in fast allen hier behandelten Fällen vor, sodaß Oertmann, wollte er ganz konsequent sein, auch in allen Fällen auf Grund der positiven Bestimmungen des BGB einen Anspruch auf Erfüllung geben müßte, — eine Folgerung, die aus § 252 gewiß nicht herzuleiten ist.

Es ist auch verfehlt, wenn Oertmann an anderer Stelle[49]) von einer unbeachtlichen Mentalreservation gemäß § 116 BGB spricht, die die arglistige Partei von vornherein daran hindere, sich auf ihren wahren entgegenstehenden Willen zu berufen, sodaß schon aus diesem Grunde ihre Erklärung, formgültig abschließen zu wollen, als unwiderleglicher Beweis für das eventuelle Zustandekommen eines formgerechten Vertrages gelten müsse. Die geäußerte Bereitwilligkeit hat mit einer rechtserheblichen Willenserklärung, an die der Äußernde zu binden wäre, und die auch § 116 voraussetzt, nichts zu tun.

Es soll mit alledem nicht Kritik an dem Ergebnis der Oertmann'-

49) Sächs. Arch. 1915 S. 418.

schen Auffassung geübt werden, sondern lediglich dargetan sein, wieweit man tatsächlich auf rein gesetzlichem Wege zu einem Anspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages für die geschädigte Partei gelangen kann.

Das Ergebnis sei darum noch einmal kurz zusammengefaßt: Richtig erscheint der Mittelweg zwischen Josef und Oertmann. Um dem geschädigten Vertragsteil einen Anspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages zu geben, ist weder ein Rechtsanspruch auf Abschluß eines gültigen Vertrages nötig, noch genügt die bloße Zusicherung, formgerecht abschließen zu wollen. Vielmehr kommt es auf die tatsächlich mögliche Entwicklung der Dinge an, wie sie ohne das schädigende Ereignis nach dem Urteil eines objektiven Beobachters auf Grund besonderer Umstände und Anhaltspunkte mit Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre. — Wird festgestellt, daß die Wahrscheinlichkeit für einen formgültigen Vertrag spricht, so hat der Geschädigte einen Schadenersatzanspruch aus §§ 826 (eventuell auch §§ 823 II BGB. 263 StGB), 249 (252!) auf Abschluß eines formrichtigen Vertrages und dessen Erfüllung. —

Darüberhinaus ist ein reiner, d. h. diesmal ohne vorherigen Abschluß eines formgültigen Vertrages denkbarer Erfüllungsanspruch aber noch immer dann gegeben, wenn es das wirtschaftliche Interesse des Ersatzberechtigten bei richtiger Auslegung des § 249 verlangt. Denn gemäß § 249 ist der Verletzte nicht etwa nur tatsächlich so zu stellen, wie er ohne die schädigende Handlung gestellt sein würde — das würde in vielen, ja genau genommen in den meisten Fällen gar nicht möglich sein —, sondern es wird die Herstellung des wirtschaftlich gleichen Zustandes verlangt. Erst in letzter Linie ist der Schaden in Geld zu ersetzen.

Zur näheren Erklärung diene das Beispiel eines Grundstückskaufes:

Zur Zeit des Vertragsabschlusses hatte der Käufer, dem daran lag, seine Besitzung zu erweitern, die Auswahl zwischen zwei gleichwertigen angrenzenden Grundstücken. Er entschied sich für das eine und wurde von dem Verkäufer arglistig zum Abschluß eines foumungültigen Vertrages veranlaßt. Danach wurde das andere Grundstück anderweitig veräußert. — Kann der Käufer nunmehr in dem Schadensersatzprozeß nachweisen, daß er, wäre es

ohne die Täuschung nicht zum Abschluß mit diesem arglistigen Verkäufer gekommen, jedenfalls das für ihn gleichwertige andere Grundstück erhalten hätte — und dieser Beweis wird ihm nicht schwer fallen — so kann er jetzt Übereignung des formnichtig verkauften Grundstücks verlangen. Nur dann ist ein wirtschaftlich gleichwertiger Zustand hergestellt. — An Hand dieses Beispiels leuchtet es auch ein, daß es sich hierbei lediglich um die richtige Auslegung der positiven Bestimmung des § 249, nicht etwa um übergesetzliche Billigkeitserwägungen handelt. —

Eine weitere wichtige Ergänzung erfährt die bisherige Darstellung durch die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß, auf die vor allem Brenner[50]) in diesem Zusammenhange hingewiesen hat. Dadurch werden in die Betrachtung auch die Fälle einbezogen, in denen nicht gerade der Tatbestand einer unerlaubten Handlung bei Abschluß des Vertrages verwirklicht ist, sondern lediglich die Voraussetzungen einer Haftung für Verschulden beim Vertragschluß vorliegt.

Eine solche Haftung setzt schon, ohne daß es zum Abschluß eines gültigen Vertrages zu kommen braucht, ein, sofern die besonderen Pflichten verletzt sind, welche durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien erzeugt werden. Einige sprechen geradezu von einem Schuldverhältnis eigener Art, das durch einseitiges Rechtsgeschäft — z. B. Vertragsangebot — zwischen den Parteien entsteht[51]).

Es wurde bereits erwähnt, daß man zu den im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses begründeten Sorgfalts-, Mitteilungs- und Erkundigungspflichten auch die Pflicht rechnen muß, den anderen darauf aufmerksam zu machen, daß eine gewisse Form notwendig sei. Das heißt, der Gegner darf weder in den Irrtum versetzt, noch darin erhalten werden, eine Form sei nicht nötig.

Wird diese Pflicht schuldhaft verletzt, so entsteht für den anderen Teil ein Schadensersatzanspruch, der wieder grundsätzlich nur auf Naturalrestitution, also das Vertrauensinteresse, gerichtet ist, aber unter den gleichen Voraussetzungen, wie bei der oben dar-

---

50) Die exceptio doli generalis in den Entscheidg. des RG S. 21 ff.
51) v. Tuhr, Allg. Teil, II, S. 486 ff und Stoll, Leipz. Ztschr. 1929 S. 539 ff.

gestellten Deliktshaftung auch auf Erfüllung gehen kann. — Daß dieser Tatsache weder die Nichtigkeit des Geschäftes noch grundsätzlich die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß entgegenstehen, ist eingehend bei Brenner[52]) behandelt.

Die Möglichkeit, auf gesetzmäßigem Wege zu einem Anspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages zu gelangen, besteht somit nicht nur für die Fälle, in denen bereits bei Abschluß des Vertrages eine durch das arglistige Verhalten der einen Partei bedingte unerlaubte Handlung vorlag. Da die Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß wegen ihrer allseitigen Anerkennung und praktischen Bedeutung tatsächlich als allgemeingültiger übergesetzlicher Rechtssatz angesehen und dem geltenden positiven Recht damit gleichgesetzt werden kann, werden sämtliche Fälle in den Bereich jener Möglichkeit bezogen, in denen das Reichsgericht mit Hilfe der Arglisteinrede zur Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages kommt.

In allen diesen Fällen ist also zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erfüllung nicht über die gesetzlichen Schadensersatzvorschriften in Verbindung mit den Vorschriften über die unerlaubte Handlung oder der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß gegeben sind.

Es muß mit anderen Worten immer in erster Linie folgendes festgestellt werden:

a) entweder, ob bei Weigerung der verletzten Partei, formwidrig abzuschließen, der Vertrag auch unter Wahrung der richtigen Form zustande gekommen wäre,

b) oder ob die geschädigte Partei auch ohne Abschluß eines formgerechten Vertrages nur durch die Erfüllung wirtschaftlich so gestellt werden kann, wie sie ohne das Verschulden der anderen Partei stehen würde.

Erst wenn das verneint werden muß, darf man höhere, übergesetzliche Gesichtspunkte in Erwägung ziehen.

---

52) a. a. O., S. 27 ff und S. 32 ff.

II. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches in einredeähnlicher Weise.

Im vorigen Abschnitt wurde allein von dem positiven Anspruch der geschädigten Partei gegenüber der anderen gesprochen, d. h. es wurde an Fälle gedacht, in denen die ersatzberechtigte Partei als Kläger auftritt: A hat den B veranlaßt, einen formwidrigen Vertrag abzuschließen, und den Vertrag noch nicht erfüllt. B klagt nunmehr auf Erfüllung.

Eine notwendige Ergänzung finden diese Ausführungen in der Behandlung der Frage, ob und wie diese Partei als Beklagte sich gegen den Rückgabeanspruch ihres Vertragsgegners zur Wehr setzen kann. Was kann B tun, wenn A den Vertrag bereits erfüllt hat, jetzt aber unter Berufung auf die Formnichtigkeit dieses Vertrages das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt?

Zunächst ist an § 814 BGB zu denken. Diese Vorschrift steht dem klägerischen Anspruch insoweit entgegen, als der Kläger in dem Bewußtsein, zu der Leistung nicht verpflichtet zu sein, geleistet hat. Jede weitere Untersuchung, ob er tatsächlich verpflichtet gewesen wäre oder nicht, erübrigt sich damit.

Es wird jedoch nicht in allen Fällen gelingen, der klagenden Partei ein solches Bewußtsein nachzuweisen. Besonders in den Fällen des Verschuldens beim Vertragschluß besteht die Möglichkeit, daß der schuldhaften Partei im Augenblick der Leistung die Nichtigkeit des Vertrages selbst nicht mehr gegenwärtig war. Die weitere Bestimmung des § 814, die den Rückgabeanspruch auch dann ausschließt, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, scheidet von vornherein aus, da sie bei formnichtigen Verträgen grundsätzlich, wie eingangs ausgeführt wurde, nicht anwendbar ist.

Es bleibt folglich dem Beklagten nichts anderes übrig, als seinen Anspruch auf Erfüllung in der oben dargelegten Weise nachzuweisen und diesen Anspruch dem Klageanspruch in irgend einer Form entgegenzusetzen.

Die exceptio doli specialis, an die gedacht werden könnte, soweit es sich um ein deliktisches Verhalten des Klägers beim Vertrag-

schluß handelt, kommt nicht in Betracht. Ebenso, wie die exceptio doli generalis, ist sie eine echte Einrede, ein „Gegenrecht", und kann als solches nur einem „Recht", und zwar stets einem durch unerlaubte Handlung erlangten Recht entgegengesetzt werden. Die klägerische Partei hat aber nicht den geltendgemachten Kondiktionsanspruch durch ihr deliktisches Verhalten erlangt, sondern lediglich die Nichtigkeit des Vertrages, auf die sie sich zur Begründung ihres Anspruchs beruft, herbeigeführt.

Wohl aber steht dem Klageanspruch der im bürgerlichen Recht allgemein geltende, in den §§ 273, 387 ff., 986, 1000 BGB zum Ausdruck kommende Grundgedanke des Satzes: „Dolo facit qui petit quod redditurus est" entgegen. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wollte man die Partei, die dartun kann, daß sie einen Anspruch auf die zurückgeforderte Leistung — wenn auch nicht unmittelbar aus dem formnichtigen Vertrage, so doch auf dem Umweg über die Schadensersatzpflicht — hat, zur Rückgabe des Geleisteten verurteilen. Denn mit einer weiteren Klage würde sie ihrerseits den Gegenstand zurückverlangen können.

Hierbei handelt es sich nicht etwa um einen Fall der exceptio doli generalis, wie vielfach angenommen wird; vielmehr behält jener Gedankengang auch ohne die Einrichtung der Arglisteinrede als ein Erzeugnis des Begriffes von Treu und Glauben schlechthin stets seine Gültigkeit. Im Sinne der „Lehre vom Rechtsmißbrauch" wird man ihn heute etwa dahin formulieren müssen: Macht jemand einen Anspruch auf eine bestimmte Leistung geltend, die der Gegner seinerseits auf anderem Wege zurückverlangen kann, so ist der geltendgemachte Anspruch insoweit nicht gegeben.

Dadurch, daß sich der Treu und Glauben widersprechende Charakter des klägerischen Anspruchs erst zeigt, wenn die beklagte Partei ihren Gegenanspruch dartut, ergibt sich jedoch in der Regel ein einredeähnliches Verhältnis.

III. Die Anwendbarkeit des § 254 gegenüber dem Erfüllungsanspruch.

Im folgenden sei noch darauf eingegangen, inwieweit in den soeben behandelten Fällen der Schadensersatzanspruch des Geschä-

digten und damit auch sein etwaiger Erfüllungsanspruch durch eigenes Verschulden gemindert, bzw. ausgeschlossen werden kann.

Gegenüber einem arglistigen Verhalten gemäß § 826 ist § 254 schon deshalb kaum anwendbar, weil nach herrschender Meinung und höchstrichterlicher Rechtsprechung[53]) die Fahrlässigkeit des Gegners nicht in Betracht kommt, obwohl die Schuldaufrechnung im geltenden Recht grundsätzlich keiner bestimmten Regel unterliegt[54]).

Oertmann weist zur Ausgleichung und Rechtfertigung der Fälle, in denen tatsächlich eine „befremdliche Leichtgläubigkeit" auf Seiten des Ersatzberechtigten vorliege, daraufhin, daß man hier den Beweis der Irrtumserregung nicht leicht als erbracht anzusehen brauche. Sei dieser Beweis dennoch erbracht, so müsse man die Konsequenz ziehen, daß „die Arglist des einen Teils es verstanden habe, Leichtgläubigkeit und blinde Vertrauensseligkeit des anderen auszubeuten". Eine derartige Ausbeutung aber finde in einem Recht, das den § 138 kenne, keinen Freibrief[55]).

Bei den Fällen der Haftung für Verschulden beim Vertragschluß, die keine Arglist, sondern lediglich Vorsatz, bzw. Fahrlässigkeit auf Seiten des Irrtumerregenden voraussetzt, kommt dagegen der § 254 stets dann zur Anwendung, wenn auch der anderen Partei hinsichtlich ihres Irrtums Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Es erübrigt sich fast, darauf hinzuweisen, daß in diesen Fällen nur fahrlässiges, nicht dagegen auch vorsätzliches Mitverschulden denkbar ist, da es andernfalls an der notwendigen Voraussetzung eines Irrtums über die Formnotwendigkeit auf Seiten der mitverursachenden Partei von vornherein fehlen würde.

Hier taucht nun aber die Schwierigkeit auf, daß es eine Minderung des Erfüllungsanspruchs entsprechend dem Grade der Mitverursachung nicht gibt. Man könnte dort, wo die Erfüllungslei-

---

53) RG 69/281; Recht 1907/506; JW 1909/9; Oertmann, Recht 1914 Sp. 9; Josef, ArchbürgR. Bd. 36/68 ff; Planck-Strohal I, § 125 Anm. 3 u. a. — Reichel, ArchzivPr. Bd. 104/50 ff, mit der Ausnahme für „greiflichste und gröblichste Saumseligkeit" des Geschädigten (S. 51). — A. A. Hoeniger, a. a. O.

54) Oertmann, a. a. O.

55) so auch JW 1908/10.

stung teilbar ist, eine Teilerfüllung eintreten lassen, sofern eine solche noch im Interesse des Ersatzberechtigten steht. — Entsprechend dem § 266 BGB müßte er sie andernfalls verweigern können.

Wie aber, wenn die Vertragsleistung unteilbar ist? Kann man hier Hoeniger folgen, der zu dem Schluß kommt, daß man „das abstufende Moment, das nach dem Wortlaut des § 254 in dem Maße des zu ersetzenden Schadens liegt, in das Maß des Verschuldens verlegt und fragt, bei welchem Grade der Fahrlässigkeit der mitverursachenden Partei die Rechtsfolgen des Deliktes der anderen Partei aufgehoben werden"? Er selbst kommt dabei zu dem Ergebnis, daß bei jeder Fahrlässigkeit die Deliktswirkung aufzuheben sei, läßt aber den Beweis der Fahrlässigkeit durch die Einsicht erschwert sein, daß nicht jeder Kontrahent verpflichtet sei, in der Gegenpartei einen Schurken und Betrüger zu vermuten.

So bestechend diese Folgerung klingen mag, sie enthält einen Fehlschluß. Bei Anwendung des § 254 kommt es immer schon neben der Abwägung der tatsächlichen Verursachung auch auf die Schwere des beiderseitigen Verschuldens an, „da dieses bei einer auf die „Umstände" abzustellenden Billigkeitsentscheidung naturgemäß eine Rolle spielen muß"[56]). Eine Abwägung des Verschuldens kann also nicht erst ersatzweise an die Stelle der Schadensabwägung treten.

Die Auffassung Hoenigers ist zu verstehen, wenn man daran denkt, daß er von anderen Voraussetzungen ausgeht. Wie oben schon gezeigt wurde, kennt er in allen Fällen als Schadensersatz gemäß §§ 826, 249 stets nur die Erfüllung des formunwirksamen Vertrages, sodaß er zu einer derartig gewaltsamen Lösung greifen muß. Nach richtiger Ansicht hat dagegen im Mittelpunkt der Betrachtung nicht der Erfüllungsanspruch, sondern der Herstellungsanspruch des § 249 schlechthin zu stehen, der seinerseits nur unter gewissen Voraussetzungen auch auf Erfüllung gehen kann.

So bleibt dort, wo eine teilweise Erfüllung naturgemäß ausscheidet, wie etwa bei allen Grundstücksveräußerungsverträgen, eine volle Erfüllung aber infolge eines fahrlässigen Mitverschuldens der ersatzberechtigten Partei gemäß § 254 die Leistungspflicht des

---

56) Staudinger-Werner § 254 Anm. 3 Abs. III und die dort Zitierten.

Ersatzpflichtigen übersteigt, kein anderer Weg, als an die Stelle des Erfüllungsanspruchs einen entsprechend geminderten Ersatzanspruch in Geld treten zu lassen.

A hat von B ein Grundstück gekauft und dabei in leichtfertiger Weise den wider besseres Wissen gemachten Zusicherungen des B Glauben geschenkt, daß es auf eine genaue Beurkundung des Kaufpreises nicht ankomme. Er klagt nun auf Erfüllung des nichtigen Vertrages und es gelingt ihm auch, nachzuweisen,

1. daß B durch seine Vorspiegelungen in schuldhafter Weise die ihm obliegenden Pflichten beim Vertragschluß verletzt hat, und
2. daß der Vertrag, wenn er, der Käufer, sich geweigert hätte, den Kaufpreis falsch beurkunden zu lassen, in formgültiger Weise zustande gekommen wäre.

Grundsätzlich steht demnach dem A gemäß § 249 ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages als Schadensersatzforderung zu. Er hat sich aber sein eigenes fahrlässiges Mitverschulden zurechnen zu lassen. In dem Maße seines eigenen Verschuldens mindert sich seine Ersatzforderung, sodaß sie nun nicht mehr auf Ersatz seines ganzen Schadens, also nicht mehr auf volle Erfüllung des Vertrages geht. Eine Teilerfüllung ist aber praktisch unmöglich. Infolgedessen muß A ganz auf Erfüllung verzichten; er kann nur teilweise Ersatz seines Schadens in Geld verlangen.

Um Härten zu vermeiden, wird man nach Treu und Glauben jedoch in den Fällen anders entscheiden müssen, in denen den Mitschuldigen ein nur geringes Mitverschulden trifft und sein Interesse an der Erfüllung des Vertrages andererseits sehr groß ist. Hier kann man dem Interesse beider Parteien unter Umständen dadurch gerecht werden, daß man den Erfüllungsanspruch von einer zusätzlich zu bewirkenden Gegenleistung des Ersatzberechtigten abhängig macht: A kann Auflassung und Übergabe des Grundstücks verlangen, muß aber seinerseits einen Geldbetrag, der der Höhe seines Mitverschuldens entspricht, noch über den vereinbarten Kaufpreis hinaus Zug um Zug an B zahlen.

Da eine Teilerfüllung in der Regel nur in solchen Fällen möglich ist, in denen die Leistung aus dem — formnichtigen — Vertrage auf Geld geht, z. B. regelmäßig bei der Bürgschaft, oder auch beim Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, so unterscheiden diese

sich praktisch kaum von denjenigen, in welchen eine teilweise Erfüllung nicht denkbar ist.

B hat sich dem A gegenüber für eine Geldforderung durch mündliche Erklärung selbstschuldnerisch verbürgt, wobei er dem A erklärt hat, eine besondere Form sei gesetzlich nicht notwendig. A hat den Erklärungen des B Glauben geschenkt, hätte sich aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt von deren Unrichtigkeit überzeugen können und müssen. Sein Schadensersatzanspruch, der grundsätzlich auf Erfüllung des Vertrages geht, ist infolge seines eigenen fahrlässigen Verhaltens gem. § 254 nur teilweise begründet. A kann von B infolgedessen nur einen Teil seiner Geldforderung verlangen. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Teil als Schadensersatzleistung in Geld oder als teilweise Erfüllung des Bürgschaftsvertrages angesehen wird.

Anders ist es, wenn die Vertragsleistung auf andere teilbare Leistungen geht, — etwa ein Schuldversprechen auf Lieferung einer bestimmten Menge Korn oder dergl. vorliegt. In diesen Fällen muß bei Anwendung des § 254 ein Teil der versprochenen Menge geliefert werden.

B. Prüfung der rechtspolitischen Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

1. Kapitel.
Die grundsätzliche Berechtigung.

Das Reichsgericht hält formnichtige Verträge nun aber noch in einem bedeutend weiteren Umfange aufrecht, als dies nach den eben gewonnenen Edgebnissen auf gesetzlichem Wege möglich erscheint. Es begnügt sich allein mit dem Nachweis des arglistigen oder schuldhaften Verhaltens der Gegenpartei bei Abschluß des Vertrages, läßt es dagegen dahingestellt sein, ob mit Wahrscheinlichkeit auch ein formrichtiger Vertrag abgeschlossen worden wäre, oder ob der wirtschaftliche Schaden der verletzten Partei die Erfüllung des nichtigen Vertrages verlangt. Es fragt sich, ob ein Bedürfnis besteht, die weitergehende Rechtsprechung des Reichsgerichts anzuerkennen.

Zunächst erscheint es nicht so. Jedenfalls ist ein besonderes wirtschaftliches Interesse der beschädigten Partei nicht mehr gegeben, da sie nach dem im vorigen Ausgeführten ja gerade auch wirtschaftlich in jeder Weise so gestellt werden soll, wie sie ohne das die Haftung der anderen Partei begründende Ereignis stehen würde. Somit könnte man zu der Folgerung kommen, daß ein weiteres Interesse an der Aufrechterhaltung der formnichtigen Verträge überhaupt nicht festzustellen sei und evtl. nur noch die Möglichkeit einer Beweiserleichterung für die geschädigte Partei, deren Recht andernfalls häufig an der Beweisschwierigkeit scheitern würde, zu prüfen wäre, — ein Weg, wie er in früherer Zeit durchaus denkbar und naheliegend war.

Aber schon der reichsgerichtlichen Rechtsprechung liegt offenbar nicht nur der Gedanke wirtschaftlicher Wiedergutmachung zu Grunde, sondern auch der Gedanke an ein anderes, ideelles Interesse, das heute in erhöhtem Maße Bedeutung gewinnt.

Das ist einmal das Interesse des Staates daran, daß die von ihm aufgestellten Formvorschriften nicht — und zwar gewöhnlich zum Nachteil derjenigen Partei, in deren Interesse sie aufgestellt sind, d. h. der geschäftlich Ungewandteren — mißbraucht werden und dadurch in ihr Gegenteil umschlagen sollen. Sodann ist es aber auch der weitere, im Volksempfinden wurzelnde Gedanke, daß die Parteien zu ihrem vertraglich gegebenen Worte stehen müssen und sich nicht etwa wegen bloßer formeller Mängel davon lossagen können. Ob der Vertrag schlechthin gültig ist, oder ob lediglich ein formeller Fehler vorliegt, ist für unser allgemeines Billigkeitsempfinden oft gleichgültig; am liebsten möchte man die Folgen der Nichtigkeit wegen Formmangels nur dort zulassen, wo gerade das eingetreten ist, was die Formvorschriften in dem betreffenden Fall verhindern wollten: unüberlegtes Handeln, erhebliche Beweisschwierigkeiten u. a.

Schon die oben behandelte Entscheidung des Reichsgerichts in Band 117 S. 121 widerspricht insofern jenem Billigkeitsgefühl, als hier der Beklagte nicht einmal an sein ausdrücklich gegebenes „Edelmannswort" gebunden wird. Denn keiner gesetzlichen Bestimmung steht das Volksempfinden skeptischer gegenüber, als den Formvorschriften, und nichts empfindet der Laie unerträglicher, als

wenn die „Gerechtigkeit" bloßem „juristischen Formalismus" weichen soll.

Diese Behauptung wird auch nicht dadurch widerlegt, daß man zuweilen im Volk eine allzu ängstliche Anklammerung an die Form, an das Geschriebene oder Beurkundete, findet. Das Unmöglichste wird für möglich gehalten, wenn es nur in der gesetzlichen Form niedergelegt ist. Selbst bloße Schreibfehler können dabei zu wahren Katastrophen führen. Z. B. schildert Reuter auf seine humorvolle Art in der „Franzosentid" einen solchen echt volkstümlichen Fall. (Wat schrewen is, is schrewen!)

Diese Auffassung des Laien ist nicht etwa aus einem inneren Einverständnis mit den Formen zu erklären. Im Gegenteil beweist sie nur, wie fremd und verständnislos gerade der Laie dem „Formalismus" gegenübersteht. Man traut dem Juristen an formalistischer Strenge alles zu und hält das Schlimmste für möglich, ohne ein eigenes Verständnis dafür aufzubringen, wo die Grenzen sind und sein müssen.

Es muß versucht werden, dieser inneren Abneigung und Verständnislosigkeit des Volkes dem Formalismus gegenüber, soweit es irgend angeht, gerecht zu werden.

Andererseits darf aber auch die Bedeutung der Formvorschrift als eines Mittels, Sicherheit und Klarheit in den Rechtsverkehr zu bringen, und den Unerfahrenen und Leichtfertigen vor Übereilung zu schützen, nicht unberücksichtigt bleiben, — besonders insoweit auch der Staat und die Allgemeinheit an ihrer Einhaltung ein Interesse hat.

Aus diesem Grunde darf sich „der Kampf gegen formalistische Rechtsanwendung niemals gegen die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form wenden"[57]). Es besteht höchstens die Möglichkeit, in gewissen Fällen von den Folgen der Nichteinhaltung der Form abzuweichen. „Spitzfindige oder weichliche Auslegungskünste zur Umgehung der gesetzlich vorgeschriebenen Form sind zu verwerfen"[57a]).

---

57) Stoll, Vertrag und Unrecht, 1. Halbb. § 8 IV a. E. (S. 27, 28). Vergl. auch Boehmer in Ztschr. Ak. f. dtsch. Recht 1938 S. 264 ff.

57a) Stoll, a. a. O.

In erster Linie gilt es nun, diese verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen, um zu einem bestmöglichen Ergebnis zu gelangen. Darum sei es Aufgabe des folgenden Kapitels, zunächst einmal auf die Bedeutung und das Wesen der Formvorschriften im einzelnen einzugehen.

2. Kapitel.

Wesen und Bedeutung der Formvorschriften.

Noch einmal sei hervorgehoben, daß der immer mehr überhandnehmende Verkehr im Interesse seiner möglichst schnellen und reibungslosen Abwicklung grundsätzlich für jedes neuzeitliche Recht Formfreiheit verlangt. Auch das BGB ist auf diesem Grundsatz aufgebaut. Die dennoch in gewissen Fällen aufgestellten Formvorschriften, die das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte erschweren, sind streng genommen lediglich Ausnahmen von diesem Grundsatz und als solche zu werten.

Da nun die Formfreiheit als Garant einer leichten und glatten Verkehrsabwicklung in erhöhtem Interesse des Staates und der Allgemeinheit liegt, müssen auch die Ausnahmebestimmungen in gleichem Maße dem öffentlichen Interesse dienen, um als Einschränkungen des Grundsatzes der Formfreiheit berechtigt zu sein.

Die Beurteilung, die die Formvorschriften gerade in neuerer Zeit in dieser Richtung erfahren, ist ziemlich schlecht[58]), vor allen Dingen dann, wenn man, wie hier, lediglich die Formen des Schuldrechts im Auge hat. Man wirft ihnen vor, daß sie nur dem Individualismus und Materialismus, nicht aber dem Gemeinschaftsgedanken dienen. Das ist auf den ersten Blick richtig; sie haben in erster Linie alle Privatinteressen: Beweissicherung, Schutz vor Unüberlegtheit, Erkennbarkeit des Vertrages für die Parteien und dritte Personen usw. — im Auge. Dabei wird aber übersehen, daß diese Privatinteressen ihrerseits wiederum im öffentlichen Interesse stehen können, sofern der Allgemeinheit an ihrem Schutz gelegen ist.

So dient die Beweiserleichterung gleichzeitig dem prozessualen Verkehr; und auch daran besteht über das Privatinteresse hinaus

58) vgl. insbesondere Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 16 ff, hier allerdings nur kurze, mehr beiläufige Bemerkungen.

ein öffentliches Interesse, daß Erkennbarkeit und Beweis solcher Rechtsgeschäfte, die von besonderer allgemeiner Bedeutung sind, gesichert ist. Ebenso ist der Staat seinerseits daran interessiert, daß der geschäftlich Ungewandte vor Übereilung und Unüberlegtheit geschützt wird, denn der Überlegene ist im Geschäftsverkehr nicht immer der Bessere. Im eigenen Interesse muß der Staat ständigen Siegen der Rücksichtslosen und Arglistigen gegenüber Anständigen und Arglosen entgegentreten. Dem wird infolgedessen bei besonders wirtschaftlich einschneidenden Geschäften, wie Grundstücksverträgen (§ 313), Verkauf einer Erbschaft (§ 312) oder eines Vermögens (311), durch die Vorschrift der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung vorzubeugen gesucht.

Es ist daher nicht richtig, in den Formvorschriften Einrichtungen zu sehen, die lediglich dem Privatinteresse dienen und die darum, besonders in der heutigen Zeit, in der alles am Wohle des Volksganzen ausgerichtet werden soll, jeder Berechtigung entbehren. Allerdings geht es wiederum zu weit, ihnen geradezu „öffentlich-rechtlichen" Charakter[59]) in dem bisher geltenden Sinne zuzusprechen, — nur weil sie einzelne öffentlich-rechtliche Wirkungen, wie Stempel- und Steuerabgaben, mit sich bringen.

Den Formvorschriften wird allerdings diese Bedeutung niemals in allen Fällen zukommen, in denen sie Anwendung finden. Es wird immer eine Reihe von Fällen geben, in denen sie gänzlich bedeutungslos, d. h. weder notwendiges Warnungsmittel, noch Beweismittel sind. — In diesen Fällen erscheint trotz allem die Unwirksamkeit des Vertrages oft unbefriedigend, da auch ohne Einhaltung der Form der durch sie zu verhindernde Erfolg nicht eingetreten ist.

Man denke etwa an das häufige Beispiel eines falsch beurkundeten Grundstückskaufvertrages, der von zwei durchaus geschäftsgewandten Parteien abgeschlossen wurde, die auch bei richtiger Beurkundung sich die Sache nicht anders überlegt haben würden. Da nun der Zweck des § 313 — jedenfalls in seiner ursprünglichen Bedeutung — in erster Linie dahingeht, die Parteien vor Unüberlegtheit zu schützen, erscheint an dieser Stelle die Form des § 313 überflüssig und die Nichtigkeit des Vertrages wegen Verletzung des § 313 zumindest befremdend.

59) so Hoeniger, a. a. O.

Oder man nehme den Fall einer Bürgschaftserklärung, die nicht handschriftlich, sondern mittels eines Namenstempels unterzeichnet wurde, wobei der Bürge in dem festen Glauben war, der Stempel ersetze die Unterschrift, und irgendwelche Beweisschwierigkeiten nicht aufgetaucht sind.

In allen diesen Fällen müssen die Formvorschriften als lästige Fesseln empfunden werden, und ist man infolgedessen geneigt, ihnen ihre Berechtigung abzusprechen, zum wenigsten die Folgen ihrer Nichteinhaltung gegenüber dem Interesse an der Erfüllung des Vereinbarten zurücktreten zu lassen. Machen sie doch den Geschäftsabschluß umständlich und kostspielig und auch dort, wo vielleicht nur versehentlich eine an dieser Stelle unwesentliche formelle Voraussetzung übersehen ist, den ganzen Vertrag schlechthin nichtig!

Dennoch ist eine derart einschränkende Auslegung der Formvorschriften, daß sie nur dort praktisch von Bedeutung seien, wo sie im Einzelfall einen ganz bestimmten notwendigen Zweck zu erfüllen haben, nicht möglich. Das geht schon aus dem praktischen Ergebnis einer solchen Einschränkung hervor.

Wie wäre es durchführbar, in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob hier der unerwünschte Erfolg, den die Form hätte verhindern sollen, eingetreten ist oder nicht? d. h. ob die Form, wäre sie eingehalten worden, auch den ihr zugedachten Zweck erfüllt haben würde?

Nicht alle Fälle im praktischen Leben liegen so klar, wie die aufgeführten Beispiele. Diejenige Partei, die an der Nichtigkeit des Vertrages ein Interesse hat, würde selbstverständlich alles tun, um das Gericht davon zu überzeugen, daß sie sich bei richtiger Formwahrung vorsichtiger verhalten hätte, oder daß infolge der falschen Form die Sachlage unbewiesen und ungeklärt sei. Wie soll das Gegenteil bewiesen werden, und wer ist überhaupt beweispflichtig? Eine Kette von Schwierigkeiten würde auftauchen!

Es muß darum zur Würdigung und Anerkennung der Form in allen Fällen genügen, daß sie ganz allgemein die Aufgabe hat, bestimmte notwendige Zwecke zu erfüllen, wenn diese Zwecke vielleicht auch im Einzelfall ausscheiden.

A übernimmt z. B. zugunsten des B selbstschuldnerisch die Bürg-

schaft für eine Schuld des C. Notwendig ist dazu gemäß § 766 eine schriftliche Erklärung des A. Die Erklärung wird aufgesetzt, die Parteien sind einig. B verläßt sich auf das Versprechen des A, daß er die Erklärung sogleich unterzeichnen werde, wartet aber nicht darauf. A unterläßt die Unterzeichnung zunächst aus bloßer Nachlässigkeit, später wird er von dritter Seite gewarnt und nun beruft er sich auf die Ungültigkeit des Vertrages. An sich erscheint dieses Verhalten gegen Treu und Glauben zu verstoßen, da B sich auf das ausdrückliche Wort des A verlassen hat und ein bloßer Zufall die Einhaltung der Form verhindert hat.

Andererseits aber hat gerade die Form des § 766 den Zweck, den A vor Unüberlegtheit zu bewahren und ist es keineswegs sicher, ob dem A, auch wenn er gleich an die Unterzeichnung des Vertrages gedacht hätte, nicht kurz vorher doch noch Bedenken gekommen wären und somit der Zweck des § 766 in dieser Richtung erfüllt wäre.

Es kann hier nicht darauf abgestellt werden, ob der Zweck des § 766 in diesem Falle vielleicht ausgeschieden sein würde, sondern es muß im Interesse der Rechtssicherheit genügen, daß die Vorschrift des § 766 im allgemeinen einen derartig notwendigen Zweck hat, um grundsätzlich auf ihrer Einhaltung zu bestehen. Die Nichteinhaltung der Form hat grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge, gleichgültig, welche Bedeutung die Formwahrung in dem gegebenen Fall gehabt haben würde.

Dieses unerbittliche „Alles oder Nichts“[60]), gepaart mit der begrifflichen Unmöglichkeit, durch einschränkende Auslegung unter Umständen von gewissen formellen Voraussetzungen absehen zu können, verleiht den Formvorschriften jene Sprödigkeit, die oft zu unbilligen Härten führt.

Hinzu kommt die Tatsache, daß sich unser Billigkeitsempfinden dagegen sträubt, um deswillen die Partei an ihr gegebenes Wort nicht zu binden, weil ein formeller Fehler unterlaufen ist. Oft verhindern gerade Sitte und Anstand das Zustandekommen eines formgültigen Vertrages, da ein Drängen auf formellen Abschluß als ein Zeichen von Mißtrauen gilt. Umso unbilliger erscheint in diesen

---

60) vergl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 17.

Fällen die Geltendmachung der Nichtigkeit. Am unerträglichsten aber werden die Formvorschriften dort, wo sie von dem wirtschaftlich Stärkeren oder im Geschäftsverkehr Gewandteren dem Schwächeren gegenüber mißbraucht werden: In diesen Fällen — und nur in diesen — hilft das Reichsgericht mit der exceptio doli.

Interessant ist es jedoch, einmal zu verfolgen, wie aber auch auf andere Weise und in anderen Fällen in Rechtsprechung und Wissenschaft versucht wird, der Schwierigkeiten und Härten Herr zu werden. Willkommene Möglichkeiten bieten diejenigen gesetzlichen Ausnahmebestimmungen, die unter bestimmten Voraussetzungen wenigstens die harte Folge der ganzen und dauernden Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wie sie in § 125 ausgesprochen ist, beseitigen: so die Vorschriften über die Heilung formnichtiger Verträge §§ 313 II, 518 II, 766 Satz 2 u. a.), die die Dauer der Nichtigkeit beschränken, sodann die Bestimmungen über Konversion nichtiger und teilweise Aufrechterhaltung teilnichtiger Verträge (§§ 140, 139), die noch einen gewissen Bestand des Vertrages retten wollen.

Diese ihrer Fassung nach streng als Ausnahmen gedachten Vorschriften versucht man, immer weiter auszulegen, sodaß sich das Gebiet, in dem eine endgültige und völlige Nichtigkeit vermieden wird, mehr und mehr vergrößert.

Zur Veranschaulichung sei kurz auf die einzelnen Fälle eingegangen, zumal das zur Charakterisierung der Formvorschriften und der allgemeinen Einstellung zu ihnen beitragen wird.

1. Erweiterung der Heilungsvorschriften, insbesondere durch die Versuche einer analogen Anwendung.

In einigen Fällen, so beim Grundstücksveräußerungsvertrag, bei der Schenkung, der Bürgschaft und anderen, knüpft das Gesetz an bestimmte Erfüllungshandlungen die Heilung der formnichtigen Verträge an. Meistens geschieht das aus der Überlegung heraus, daß durch die Erfüllung der Zweck der Formvorschrift überflüssig geworden sei.

So ist z. B. in den Fällen der §§ 518 und 766 nach der Erfüllung weder eine Beweissicherung nötig, noch besteht die Gefahr, daß

diejenige Partei, zu deren Warnung die Form gleichzeitig dienen soll, eine Verpflichtung übernimmt, die sie nicht erfüllen kann.

Demgegenüber hat zur Heilung des Grundstücksveräußerungsvertrages gemäß § 313 II ursprünglich wohl nur die Überlegung geführt, daß es ein untragbarer Zustand sei, bei aufgelassenen und eingetragenen Grundstücken noch 30 Jahre lang mit einer etwaigen Kondiktion des Geleisteten rechnen zu müssen[61]). Später sah man das Motiv des § 313 Abs. II vielfach auch darin, daß die Auflassung ein „Formalakt sei, der die Form des § 313 sehr wohl ersetzen könne"[62]).

Diese Auffassung zeigt sich vor allem dort, wo man ein Widerrufs- und Rückforderungsrecht der vollzogenen Auflassung auch vor der Eintragung für ausgeschlossen hält. An sich müßte es doch grundsätzlich immer möglich sein, die Auflassung bis zur endgültigen Heilung des Vertrages durch die Eintragung zu kondizieren, — abgesehen von den Fällen, in denen der Auflassende sich bewußt war, zu ihrer Vornahme nicht verpflichtet zu sein (§ 814)[63]).

Dagegen läßt das Reichsgericht in Bd. 108 S. 334 ausdrücklich eine Kondiktion der Auflassung nur dann zu, wenn diese in der Erwartung der Heilung vorgenommen wurde und sich herausgestellt hat, daß der bezweckte Erfolg nicht eintritt. — Darin kommt schon in etwa das Bestreben zum Ausdruck, die Heilungsvorschriften möglichst zu erweitern. Heute ist diese Rechtsprechung allerdings durch die Auflassungsverordnung vom 11. V. 1934 überholt. Diese schreibt für jede Auflassung Vorlage des beurkundeten Vertrages vor und bringt damit gesetzlich zum Ausdruck, daß beide Formalakte durchaus nicht gleichzusetzen seien.

Wesentlicher noch sind aber die Versuche, die Heilungsvorschriften analog auch auf andere Fälle der Formnichtigkeit anzuwenden, obwohl ihnen doch, wie sich soeben gezeigt hat, nicht einmal allen ein einheitlicher Gedanke zugrunde liegt. Überdies ist es ohne weiteres ersichtlich, daß die Heilungsvorschriften als Sonderbestim-

---

61) vgl. Ruhm in Danziger Jur.Ztg. 1923, S. 41 ff.

62) Graff in Gruch. 57/102; s. ferner die Entsch. in Gruch. 51/926 ff (930); 57/945 ff (948); Warn. 1925 Nr. 164; RG Bd. 108/329 ff (334).

63) so richtig JW 1926/159 ff (160).

mungen gedacht und schon darum grundsätzlich keiner analogen Anwendung fähig sind. Trotzdem wird verschiedentlich die Meinung vertreten, daß eine Heilung aller formnichtigen Verträge unter bestimmten Voraussetzungen möglich und notwendig sei. Teils wird die Heilung stets nach erfolgter beiderseitiger Erfüllung verlangt[64]), teils soll der Vertrag schon immer dann geheilt sein, wenn diejenige Partei, zu deren Schutz die Form bestimmt ist, den Vertrag erfüllt habe[65]).

Diese Ansichten zeigen deutlich, wie man fast gewaltsam versucht, von der Folge dauernder Nichtigkeit eines Vertrages wegen formeller Mängel loszukommen.

Die Rechtsprechung hat sich ihnen allerdings nicht angeschlossen. Das Reichsgericht lehnt eine Analogie der Heilungsvorschriften sogar entschieden ab, mit der Begründung, daß diese als Ausnahmebestimmungen engstens auszulegen seien[66]).

Aber bezeichnend ist es, wie auch das Reichsgericht trotzdem ängstlich bemüht ist, die Formvorschriften zu umgehen, indem es seinerseits die unheilbaren Formvorschriften so eng wie möglich zu fassen sucht. So gibt es in Bd. 67, S. 208 eine ausführliche, sehr eingeengte Begriffsbestimmung einer Leibrente, nur um nicht die unheilbare Nichtigkeit des Vertrages gemäß den §§761, 125 annehmen zu müssen. In Bd. 94 S. 315 ff. setzt es an die Stelle der Veräußerung eines Vermögens im Sinne des § 311 die Veräußerung der einzelnnn Vermögensstücke, um zur Ablehnung des § 311 kommen zu können.

2. Konversion.

Ebenso zeigt die Behandlung der §§ 140, 139 BGB, wie sehr man es praktisch vermeidet, einen einmal geschlossenen Vertrag aus

---

64) Reichel, ArchzivPr Bd. 104/33 ff; Siber, Jher-J. Bd. 70/241 ff; Oertmann, Komm. § 125, Anm. 4.

65) Hachenburg, Vorträge, S. 96 ff; Anton Martin, Heilung formwidrig begründeter Verbindlichkeiten durch Erfüllung, S. 28 ff. Ähnlich Regelsberger, JherJ 58/171 ff; mit der — wohl berechtigten — Beschränkung auf die Fälle, in denen die Formvorschriften nur den Zweck haben, vor einem unüberlegten Willensentschluß zu schützen.

66) RG 129/123; 137/175; schwankend allerdings vorübergehend in 79/240.

formellen Gründen in seiner Ganzheit für nichtig zu erklären. Wenn die genannten Bestimmungen auch nicht nur formnichtige Verträge, sondern schlechthin jedes nichtige Rechtsgeschäft betreffen, so finden sie doch meistens in den Fällen formeller Unwirksamkeit Anwendung. Ihre Behandlung ist darum in erster Linie charakteristisch für die allgemeine Einstellung der Gerichte formnichtigen Rechtsgeschäften gegenüber.

Der § 140 lautet: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde."

Hiernach wurden beispielsweise aufrechterhalten:

1. Ein Wechsel als kaufmännischer Verpflichtungsschein oder als Schuldversprechen (RG 48/223; Seuff.Arch. 80 Nr. 22).

2. Ein mangels Wahrung der gesetzlichen Form (§ 2317) nichtiger Erbschaftskauf als Erbauseinandersetzung gemäß § 2042 (RG 129/122).

3. Ein formungültiger Vermögensübertragungsvertrag als Verpflichtung zur Übertragung einzelner Gegenstände (RG 76/13; 82/277).

4. Eine formungültige Bürgschaft als Schuldübernahme (RG 65/27).

Obwohl das Gesetz in § 140 ausdrücklich auf den etwaigen Willen der Parteien bei Vertragschluß verweist, ist dieser in den wenigsten Fällen entscheidend. Vielmehr wird durchweg an die Stelle des am Einzelinteresse der Parteien gemessenen Willens der aus dem Vertragszweck zu entnehmende hypothetische Parteiwille eines vernünftig und anständig denkenden Menschen gesetzt. Ließe man den eigennützigen Willen der einzelnen Vertragspartei entscheiden, so käme man weit seltener zu einer Anwendung des § 140.

Diese Rechtsprechung wird in folgender Zeit noch an Umfang gewinnen. Denn mehr und mehr wird der besonders von Lange[67]) angeregte Gedanke eindringen und sich behaupten, daß es im Interesse des Staates liegt, nicht nur das Mißbilligungswerte zu

67) Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, S. 11 ff; Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 50 ff (52).

vernichten, sondern auch das Wünschenswerte aufrechtzuerhalten, und wird man einsehen, daß hierzu gerade die §§ 139, 140 einen willkommenen Weg bieten. In wachsendem Maße wird darum an die Stelle des Parteiwillens der am Gemeininteresse ausgerichtete „Gemeinschaftswille gerecht und billig denkender Vertragsgenossen" treten.

3. Die Aufrechterhaltung teilnichtiger Verträge.

Dasselbe gilt für die Behandlung des § 139: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist auch das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Auch hier ist an eine Aufrechterhaltung des formgerechten Teils ursprünglich nur dann gedacht, wenn der übereinstimmende Wille der Parteien möglicherweise dahingegangen wäre. Praktisch aber tritt auch hier gewöhnlich an die Stelle exakter Anwendung des § 139 eine durch den hypothetischen Parteiwillen getarnte Treu- und Glaubenrechtsprechung.

Scheinbar erfährt der § 139 insofern noch eine weitere Ausdehnung, als das Reichsgericht der Geltendmachung der Nichtigkeit die exceptio doli entgegensetzt, wenn der nichtige Teil nur im Interesse der anderen Partei vereinbart war und diese auf den nichtigen Teil verzichtet[68]).

In Wahrheit ist das jedoch nur eine Ergänzung zu der vorher genannten Tatsache, daß in der Regel an die Stelle des nach § 139 gewollten wirklichen Willens ein unterstellter, hypothetischer Wille tritt. Ginge man stets auf den wahren Willen der Partei zurück, so würde es gerade dann am wenigsten zweifelhaft sein, daß diejenige Partei, die sich jetzt auf die Unwirksamkeit des Vertrages beruft, den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen ha-

68) RG 91/359; 86/323; 121/84; JW 1916/390; 1926/1144. Die Einschränkung dahin, daß der Vertragsteil, der die exceptio doli geltend macht, seinerseits erfüllt haben müsse, ist zutreffend widerlegt bei Enneccerus I § 189 Anm. 24 und ausführlich bei Hans Rahn, Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften. 2. Kapitel.

ben würde, wenn dieser nichtige Teil nur im Interesse der anderen Partei vereinbart wurde. Der dahingehende Wille der Gegenpartei aber ergibt sich wohl in den meisten Fällen aus ihrem nachträglichen Verzicht.

Kurz sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, daß die Arglisteinrede hier ebensowenig am Platze ist, wie in den Reichsgerichtsentscheidungen, die dieser Arbeit zu Grunde liegen. Hier wie dort wird sie gegen die Geltendmachung der von Amts wegen zu beachtenden Tatsache der Nichtigkeit eingesetzt!

Ebenso wie die Anwendung der Einrede der allgemeinen Arglist gegen die Geltendmachung der Formnichtigkeit, zeigen alle diese Versuche, wie unerwünscht in vielen Fällen die Formvorschriften und ihre Folgen sind. Alle dienen sie dem einen Ziel, im Einzelfall die Härte der Formgebote zu umgehen und insbesondere dort die völlige Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu vermeiden, wo diese dem Rechts- und Billigkeitsgefühl erheblich widerspricht.

Noch einmal aber sei hervorgehoben, daß alle Einwendungen, die man gegen die Formvorschriften vorbringen mag, nicht dazu führen können, ihre Berechtigung abzulehnen und an die Beseitigung der Formvorschriften — sei es auch nur für gewisse Fälle — zu denken.

Schon bei Schaffung des BGB wurde insbesondere im Zusammenhang mit der Begründung der Formfreiheit an derartige Bedenken gedacht, vor allem auch an die Möglichkeit eines Mißbrauchs der Formvorschriften[69]). Dennoch wurde eine Einschränkung der Formfreiheit bei besonders wichtigen oder gefährlichen Rechtsgeschäften für nötig gehalten. Auch die später wiederholten Anträge auf Abschaffung des praktisch bedeutungsvollsten Formparagraphen 313 führten nach erneuter, genauester Abwägung der verschiedenen Interessen nicht zum Ziel[70]).

Daraus ergibt sich deutlich, daß die Formvorschriften trotz aller Schwierigkeiten, so wie sie gesetzt wurden, auch gewollt sind, denn ihre — gerade auch im Gemeininteresse liegende — Bedeutung überwiegt grundsätzlich alle entgegenstehenden Interessen.

---

69) vgl. Mugdan I, S. 451.

70) vgl. Verhandlungen des 26. und 28. Deutschen Juristentages.

Diese Lage hat sich auch heute nicht geändert, wenn auch die Formvorschriften im einzelnen reformbedürftig sein mögen[71]). Insbesondere gewinnt der wichtige § 313 heute noch an Bedeutung, wie es bereits in der Verordnung vom 11. V. 1934, nach welcher die Auflassung eines Grundstücks nur dann erfolgen soll, wenn der beurkundete Vertrag vorgelegt wird, zum Ausdruck kommt. Diese neue Bestimmung ist sicher nicht nur im Interesse der Rechtseinheit — in Bayern galt dasselbe schon vorher auf Grund des § 98 GBO — geschaffen worden! Der Staat will vielmehr im eigenen Interesse den Verkehr mit Grundstücken schützen und kontrollieren. Man denke nur an die Bestimmungen des Erbhofgesetzes!

Gerade der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung kann heute schon dieser von Lange für alle Formvorschriften geforderte Charakter, nicht nur Beweis- und Warnungsformen, sondern vor allem Kontrollformen zu sein, beigelegt werden, sodaß Gerichten und Notaren eine besondere Pflicht erwächst, durch Beratung und Aufklärung das Zustandekommen eines vom Staate gewünschten oder zumindest gebilligten Vertrages zu fördern. Diesen neuen Gedanken an die alte Form heranzutragen, ist auch dann möglich, wenn feststeht, daß der Gesetzgeber an eine derartige Funktion nicht gedacht hat. Denn man darf bei Auslegung des Gesetzes nicht allein auf den Willen des Gesetzgebers zurückgehen, sondern muß die gesetzlichen Bestimmungen ihrem heutigen Sinn entsprechend auslegen[72]).

Es soll darauf nicht weiter eingegangen werden, sondern nur dargetan sein, daß die Formvorschriften auch heute eine bestimmte positive Bedeutung nicht nur haben, sondern durch entsprechenden Ausbau sogar noch darüberhinaus erhalten können.

---

71) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 55 ff.
72) vgl. Siebert, in JW 1934/208.

3. Kapitel.

Die Notwendigkeit der Voraussetzungen, von denen das Reichsgericht die Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages abhängig macht.

Aus der im vorigen Abschnitt herausgestellten Bedeutung der Formvorschriften ergibt sich, daß eine Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge aus ganz allgemeinen Gesichtspunkten heraus nicht denkbar ist. Es geht nicht an, die Berufung auf die Ungültigkeit eines vertraglich gegebenen Wortes aus allgemeinen Erwägungen im Einzelfall nach Treu und Glauben auszuschließen, ebensowenig, wie es möglich ist, in jedem einzelnen Falle den konkreten Zweck der Form entscheiden zu lassen. Dieser Möglichkeit stehen in erster Linie Rechtssicherheits- und Stetigkeitsinteressen entgegen.

Mit Recht macht daher das Reichsgericht die Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages von folgenden ganz bestimmten Voraussetzungen abhängig:

a) Verschulden.

In allen Fällen, in denen das Reichsgericht zur Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages kommt, muß auf Seiten derjenigen Partei, die sich vergeblich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, ein schuldhaftes Verhalten bei Abschluß des Vertrages vorliegen. Und zwar handelt es sich regelmäßig um ein haftungbegründendes schuldhaftes Verhalten, welches sich entweder als arglistige unerlaubte Handlung oder als ein Verschulden beim Vertragschluß infolge schuldhafter Irrtumserregung über die Notwendigkeit der Form darstellt. — Die Partei, der das Reichsgericht später die Berufung auf den Formmangel des Rechtsgeschäfts versagt, muß sich somit in jedem Fall der Gegegenpartei gegenüber schon bei Abschluß des Vertrages ersatzpflichtig gemacht haben.

Das erscheint insofern erstaunlich, als die Aufrechterhaltung des Vertrages — abgesehen von den oben erörterten Fällen, in denen ein Schadensersatzanspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages besteht — sich gar nicht als Folge einer Schadensersatzpflicht darstellt, sondern lediglich aus dem Gedanken von Treu und Glauben begründet werden muß. „Unbillig" erscheint es aber

in vielen Fällen schon ohne besonderes Verschulden, wenn sich eine Partei lediglich aus formellen Gründen auf die Nichtigkeit eines vertraglich gegebenen Wortes beruft.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich die Notwendigkeit dieser Voraussetzung jedoch von selbst:

Im vorigen Kapitel wurde ausgeführt, daß alle Formvorschriften einen notwendigen, anerkannten Zweck zu erfüllen haben, demgegenüber die Unbilligkeit, die in der Geltendmachung der Formnichtigkeit unter Umständen liegt, grundsätzlich zurücktreten muß.

Andererseits darf und muß man aber im Auge behalten, daß der Zweck der hier in Frage stehenden Formvorschriften fast immer in erster Linie dem Schutz und dem Interesse der Parteien dient. Im Interesse der Allgemeinheit oder Öffentlichkeit stehen sie nur mittelbar und nur insoweit, als diese ihrerseits an dem Schutz des Einzelnen interessiert ist. Diese Tatsache allein berechtigt dazu, auf die Formvorschriften, insbesondere auf die Folgen ihrer Nichteinhaltung dort zu verzichten, wo der Partei, die sich auf den Schutz der Formvorschrift beruft, infolge ihres eigenen schuldhaften Verhaltens ein solcher Schutz nicht mehr zukommt, und wo auch die Öffentlichkeit aus dem gleichen Grunde kein Interesse mehr an dem Schutz der Partei hat.

Hat nämlich die Partei, welche sich auf den Formmangel des Rechtsgeschäfts beruft, sich bei Abschluß des Vertrages gerade in Bezug auf die Formwidrigkeit schuldhaft verhalten, so hat sie damit gewissermaßen den Schutz, den ihr die Formvorschriften bieten, verwirkt. Die andere Partei aber hat dadurch, daß sie auf Erfüllung des Rechtsgeschäfts besteht, zum Ausdruck gebracht, daß ihr an einem besonderen Schutz nichts gelegen ist. Dann besteht auch kein Allgemeininteresse mehr an der Einhaltung der Form. Man kann auf die Folge der Nichtigkeit verzichten, ohne daß es einer näheren Prüfung bedürfte, ob die Form gerade in diesem Fall einen besonderen, notwendigen Zweck erfüllt haben würde.

Es wird an dieser Stelle zugleich besonders klar, warum die Rechtsprechung des Reichsgerichts sich nur auf die mehr individualistischen, d. h. in erster Linie dem Parteiinteresse dienenden Formvorschriften des Schuldrechts bezieht und beziehen kann: nur sie können durch Parteiverschulden und -verzicht außer Kraft ge-

setzt werden, ohne daß ein allgemeines Interesse verletzt würde.

Es ist dem Reichsgericht auch darin zuzustimmen, daß immer auf Seiten derjenigen Partei, die sich nicht auf die Formnichtigkeit berufen kann, ein derart schuldhaftes Verhalten vorliegen muß, welches eine Haftung begründet. Denn nur ein solches muß rechtlich mißbilligt werden und kann es rechtfertigen, der Partei den ihr durch die Formvorschrift bewilligten Schutz zu entziehen.

Es genügt nicht die bloße bewußte Veranlassung eines formungültigen Vertragschlusses. Sofern bei Abschluß des Vertrages nicht schon durch ein arglistiges Verhalten eine unerlaubte Handlung gemäß §§ 826 oder 823 Abs. II in Verbindung mit § 263 StGB gegeben ist, muß zumindest ein Verhalten vorliegen, welches eine Haftung für Verschulden beim Vertragschluß begründet.

b) Irrtum.

A. Diese sogen. „culpa in contrahendo" stellt sich regelmäßig als eine vorsätzliche oder fahrlässige Einwirkung auf den Irrtum der anderen Partei über die Notwendigkeit der Form dar. Nur auf diese Weise kann sie praktisch in Beziehung zu der Außerachtlassung der Form stehen. Es ist notwendig, daß die schuldhafte Partei weiß oder zumindest infolge von Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Gegner sich in der irrtümlichen Annahme befindet, eine Form sei nicht nötig, und daß sie ihn in ebenso schuldhafter Weise in diesem Irrtum beläßt oder den Irrtum gar selbst erst hervorgerufen hat. Erst dann liegt ein eine Haftung begründendes Verschulden beim Vertragschluß vor, welches zugleich in unmittelbaren Zusammenhang mit dem formwidrigen Geschäftsabschluß gebracht werden kann.

Außerdem aber erscheint der Irrtum der einen Partei über die Notwendigkeit der Form noch aus folgendem Gedanken heraus erforderlich:

Würden beide Parteien trotz Kenntnis des Formgebotes den Vertrag dennoch formlos abschließen und dann die Formnichtigkeit auf Grund übergesetzlicher Erwägungen frei geltend machen können, so würde es möglich sein, die gesetzlichen Formvorschriften geradezu durch Parteivereinbarung außer Kraft zu setzen. Das Gesetz würde damit unter den Parteiwillen gestellt werden. Zu-

gleich würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit die Folge sein, denn schon bei Abschluß des Vertrages würden die Parteien nicht voraussehen können, ob ein Gericht den Vertrag für gültig erachten wird oder nicht.

B. Dieser Gedanke scheidet in der Rechtsprechung des Reichsgerichts allerdings bei den Fällen aus, in denen schon bei Abschluß des Vertrages ein arglistiges Verhalten vorliegt[73]). Hier wird ein Irrtum über die Notwendigkeit der Form nicht verlangt. Diejenige Partei, die den formwidrigen Geschäftsabschluß mit dem arglistigen Hintergedanken vorgenommen hat, sich demnächst auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen zu wollen, kann schon aus diesem Grunde den Formmangel nicht geltend machen.

Hier überwiegt — mit Recht — das Interesse an einer Treu und Glauben entsprechenden Rechtsprechung das Bedürfnis einer autoritären Geltung des Gesetzes und absoluter Rechtssicherheit. Denn es erscheint noch weniger annehmbar, die eine Partei mit ihrem arglistigen Vorhaben durchdringen zu lassen, als es zu dulden, daß die andere Partei, obwohl sie bewußt ein gesetzliches Formgebot außer Acht gelassen hat, dennoch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages bestehen kann.

Würde z. B. in dem Fall in Warneyer 1919 Nr. 23 (oben S. 7) die Klägerin die Beklagten tatsächlich nur aus dem Grunde zum Abschluß des formnichtigen Vergleichs veranlaßt haben, um sie von der rechtzeitigen Geltendmachung ihrer Rechte abzubringen, so wäre es im höchsten Grade unbillig, sie mit diesem Vorhaben durchdringen zu lassen. Es ist auch nicht möglich, erst dann den Begriff von Treu und Glauben enizusetzen, wenn es sich um die spätere Frage handelt, ob die Frist, die den Beklagten zustand, tatsächlich abgelaufen ist. Man darf es von vornherein schon nicht zulassen, daß die Klägerin sich auf die Nichtigkeit des Vertrages infolge des von ihr selbst arglistig veranlaßten Formmangels berufen kann. Gegen eine derartige Arglist müssen die Beklagten geschützt werden, auch wenn sie selbst die Form bewußt außer Acht ließen. Denn ohne Zweifel würden sie auf Einhaltung der

---

73) JW 1913/987; 1919/993; Warn. 1919 Nr. 23.

Form bestanden haben, wenn sie die arglistige Absicht der Klägerin gekannt hätten.

In den Fällen, in denen die eine Partei die andere arglistig darüber hinwegtäuscht, daß tatsächlich die Form nicht gewahrt ist, während beide Parteien sich der Formnotwendigkeit sehr wohl bewußt sind, ersetzt sinngemäß der Irrtum über die Formgültigkeit den Irrtum über die Formnotwendigkeit. Man denke an den Vertrag vor einem falschen Notar oder an die mit Faksimile unterzeichnete Bürgschaftserklärung. Hier lassen keineswegs b e i d e Parteien wissentlich die Form unberücksichtigt.

C. In diesem Zusammenhang liegt es nahe, die Notwendigkeit des Irrtums aus einem weiteren Grunde, und zwar aus der Bestimmung des § 254 heraus herzuleiten.

Da auf Seiten derjenigen Partei, welche mit ihrem Einwand der Nichtigkeit ausgeschlossen werden soll, stets ein Verschulden erforderlich ist, ist auch in diesen Fällen die Frage eines evtl. Mitverschuldens in Erwägung zu ziehen. Zwar ist eine unmittelbare Anwendung des § 254 hier nicht möglich, weil jetzt gerade das Gebiet der Schadensersatzhaftung, für die § 254 eine Sonderregelung trifft, verlassen ist. Es kommt aber eine analoge Anwendung dieser Bestimmung in Frage; denn zweifellos können die Fälle, bei denen die Voraussetzungen eines gesetzmäßigen Anspruchs auf Erfüllung nicht nachgewiesen werden, in dieser Beziehung nicht anders behandelt werden, als die übrigen, in denen jener Beweis gelingt.

Folglich ist auch in diesen Fällen, in denen ein gesetzlicher Anspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages nicht besteht, von einer Aufrechterhaltung des Vertrages dann abzusehen, wenn auf Seiten der verletzten Partei eine derartige schuldhafte Mitverursachung des Formmangels vorliegt, die auch einen evtl. Erfüllungsanspruch ausschließen würde. Auch hier kann unter diesen Umständen an die Stelle der Forderung aus dem Vertrage ein entsprechend gemäßigter Schadensersatzanspruch in Geld treten.

Diese Wirkung tritt immer dann ein, wenn die ersatzberechtigte Partei die Notwendigkeit der Form gekannt hat, sodaß schon aus diesem Grunde an eine Aufrechterhaltung des formnichtigen Ver-

trages höchstens bei fahrlässiger Unkenntnis der einen Partei hinsichtlich der Formnotwendigkeit zu denken ist: Bei Kenntnis der Formnotwendigkeit ist das mitwirkende Verschulden des Geschädigten stets so groß, daß es die Erfüllungswirkung des Verschuldens der ersatzpflichtigen Gegenpartei von vorneherein zugunsten eines bloßen Ersatzanspruchs in Geld ausschließt.

Damit kann man auch aufs einfachste erklären, warum für die Fälle deliktischen, arglistischen Verhaltens ein Irrtum nicht gefordert wird. Der Arglist gegenüber fällt gemäß § 254 nur auch ein arglistiges Handeln des Gegners, nicht dagegen bloßes vorsätzliches Verschulden ins Gewicht, sodaß das Kennen der Formvorschrift hier allein noch nicht die Wirkung des arglistigen Verhaltens ausschließt.

4. Kapitel.

Das entgegenstehende öffentliche Interesse, die Notwendigkeit einer Ausnahme.

Nach dem soeben Ausgeführten erscheint es, als seien die Bedingungen, von denen das Reichsgericht die Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages abhängig macht, in ihrem vollen Umfange zu billigen. Sie erscheinen sowohl notwendig, als auch erschöpfend und ausreichend.

An dieser Stelle ist jedoch eine Einschränkung zu machen. Sie ergibt sich ihrerseits aus der Einschränkung, die man heute hinsichtlich der privaten Natur der hier behandelten Formvorschriften machen muß. Auch diese Formen gewinnen, wie oben ausgeführt wurde, eine erhöhte allgemeinrechtliche Bedeutung. Sie sollen nicht nur in erster Linie dem Privatinteresse als Warnungs- oder Beweismittel dienen, sondern zugleich mehr und mehr als staatliche Kontrolleinrichtungen der Allgemeinheit auch unmittelbar nützen.

Ein derart öffentliches Interesse besteht unter Umständen jetzt schon in den Fällen, in denen die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, besonders bei den Grundstücksveräußerungsverträgen, bei denen der Staat ein besonderes Interesse

an dem Zustandekommen erwünschter oder der Verhinderung unerwünschter Verträge hat.

Dieses Interesse ist allerdings noch nicht anerkannt und stark genug, um — wie etwa das öffentliche Interesse an den Formen des Familien- und Erbrechts — die Möglichkeit einer Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages überhaupt auszuschließen. Man muß aber in jedem Falle dort von einer Aufrechterhaltung des Vertrages absehen, wo offensichtlich ein Interesse verletzt würde, das dem Staat und der Öffentlichkeit unmittelbar an der Formwahrung zusteht.

Der Landwirt L hat z. B. ein gewisses Kapital gespart, das er in Grundbesitz anlegen möchte. Er kauft infolgedessen von M ein Baugrundstück in der Stadt durch notariellen Vertrag. Der Kaufpreis wird bei weitem zu niedrig angegeben. Hätte der Notar N gewußt, daß L über ein größeres Kapital verfüge, so hätte er ihm ohne Zweifel geraten, landwirtschaftliches Gelände, das an seinen eigenen Grundbesitz anschließe und zu günstigen Bedingungen angeboten werde, aufzukaufen. Dadurch könne L seine Besitzung allmählich auf die Größe eines Erbhofes bringen.

In einem Prozeß zwischen L und M, wird festgestellt, daß an sich die Voraussetzungen vorliegen, die zu einer Aufrechterhaltung des formnichtigen Kaufvertrages berechtigen. Gleichzeitig aber erkennt das Gericht, daß bei richtiger Angabe des Kaufpreises der L besser beraten worden wäre und einen den Zielen des Staates günstigeren Kaufvertrag abgeschlossen hätte, m. a. W., daß er sein Geld in einer dem Staate erwünschteren Weise angelegt haben würde. Aus diesem Grunde ist von einer Aufrechterhaltung des staatlich weniger erwünschten nichtigen Vertrages abzusehen.

Dabei ist es völlig gleichgültig, welche Partei den Formmangel schuldhaft herbeigeführt hat und sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages beruft. —

Im Interesse der Rechtssicherheit und des prozessualen Verkehrs muß man verlangen, daß die Verletzung des öffentlichen Interesses o f f e n s i c h t l i c h auf der Hand liegt. Man darf es nicht in jedem Falle auf die Feststellung ankommen lassen, ob etwa ein derartiges Interesse in Frage steht; denn eine solche Beweismöglichkeit führt stets zu Unsicherheit und Mißbrauch.

Das Interesse an der Vermeidung eines Mißbrauchs der Formvorschriften ist zusammen mit dem Interesse an einer einheitlichen und gerechten Rechtsprechung sowie der Entlastung des prozessualen Verkehrs stark genug, um es zu rechtfertigen, wenn evtl. ein nicht so offensichtliches staatliches Interesse an der Formwahrung verletzt werden sollte.

Abschließend ist an dieser Stelle zu sagen, daß abgesehen von dieser letztgenannten Ausnahme und abgesehen von dem konstruktiv falschen Weg, den das Reichsgericht eingeschlagen hat und der in seiner Konsequenz zu unerträglichen Ergebnissen führen muß, dennoch die Rechtsprechung des Reichsgerichts grundsätzlich vollste Billigung verdient.

Sie muß nur als das erkannt werden, was sie tatsächlich ist, nämlich als eine im Zusammenhang mit den Formvorschriften vorgenommene lückenergänzende Rechtsfindung, die lediglich der Zusammenfassung in einen allgemeingültigen Rechtssatz nach den herrschenden Grundsätzen freier richterlicher Rechtsfindung bedarf.

Zuvor sind jedoch noch einzelne weitere Bedenken, die zum Teil bereits gegen das Reichsgericht vorgebracht wurden, zu untersuchen, da es immerhin möglich ist, daß das eine oder das andere der praktischen Haltbarkeit eines solchen Rechtssatzes von vornherein entgegensteht.

5. Kapitel.

Einzelne weitere Bedenken gegen das Reichsgericht.

I. Gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde eingewandt, die exceptio doli sei als reines Institut des Privatrechts nicht geeignet, gegen die öffentlichrechtlichen Formvorschriften eingesetzt zu werden[75]).

Daß ein solcher Einwand weder der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, noch auch dem hier grundsätzlich übernommenen Ergebnis dieser Rechtsprechung gegenüber begründet ist, geht schon

---

75) so Hoeniger, s. oben Anm. 59.

daraus hervor, daß es einen derartigen Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht heute nicht mehr gibt.

Gerade übergesetzliche Gesichtspunkte und Begriffe, wie der auch in der exceptio doli enthaltene Begriff von Treu und Glauben, gewinnen heute mehr und mehr öffentlichen Charakter. Sie sind keine „absolut privatrechtlichen" Einrichtungen mehr, da sie sich nicht, wie früher, nur nach dem Wohl der privaten Partei, sondern nach dem der Allgemeinheit bestimmen. Schon der einzelne schuldrechtliche Vertrag steht ja nach heutiger Auffassung nicht außerhalb der Gemeinschaft, sondern ist selbst ein der Bestimmung des einzelnen auch wieder nur im Interesse des Volksganzen überlassener Teil der Gemeinschaftsordnung. Eine Gegenüberstellung und Trennung von öffentlichem und privatem Recht ist daher heute kaum noch angebracht.

Überdies wurde bereits dargetan, daß den Formvorschirften gerade in der Zeit, als jene Einwendungen erhoben wurden, ein sogen. öffentlichrechtlicher Charakter in dem bisherigen Sinne noch gar nicht zukam; denn die Bedeutung einer staatlichen Kontrolleinrichtung erhalten sie erst in neuerer Zeit.

II. Ein zweites Bedenken wird besonders den Reichsgerichtsentscheidungen, in denen es sich um falschbeurkundete Grundstücksverträge handelt, entgegenhalten. Es richtet sich gegen die Fälle, in denen beide Parteien davon überzeugt waren, daß der falsche Kaufpreis nur der Steuerersparnis wegen eingesetzt wurde, mag auch die eine Partei nicht gewußt haben, daß der Vertrag um deswillen nichtig sein würde. Einer an einem solchen Steuerbetrug beteiligten Partei will man keinen Schutz gewähren. Man hält den Vertrag von vornherein für sittenwidrig und gemäß § 138 nichtig[76]), während man der Rechtsprechung des Reichsgerichts vorwirft, derartigen Betrügereien geradezu Vorschub zu leisten.

Dieses Bedenken ist vom Reichsgericht zu wiederholten Malen als unberechtigt zurückgewiesen worden und zwar mit der Begründung, daß der Vertrag ja nicht des Steuerbetruges wegen abgeschlossen sei[77]). Es meint damit offenbar, daß der Steuerbetrug

---

76) vgl. Kahn, JW 1926, S. 1810 zu Nr. 2.

77) RG 104/296; 107/364; Gruch. 68/650; Warn. 1925 Nr. 162; JW 1921/624; 1926/1810.

nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht worden sei und darum der § 138, der nur ein inhaltlich sittenwidriges Geschäft treffe, nicht anwendbar sei. — Außerdem könne es nicht die Aufgabe des § 138 sein, ein solches Abkommen, daß die Steuerbehörde dulde, und nur mit Steuer- und Stempelstrafen bedrohe, der Rechtswirksamkeit zu entkleiden.

Dem Reichsgericht ist besonders dann zuzustimmen, wenn man bedenkt, daß zwar bezüglich der Schädigung des Fiskus beide Parteien der gleiche Vorwurf trifft, der einen Partei aber darüberhinaus ein schuldhaftes Verhalten ihrem Vertragsgegner gegenüber vorzuwerfen ist[78]).

III. Weit größere Schwierigkeiten bereitet die Frage der sogen. „relativen Wirkung der Gültigkeit" eines sonst ungültigen Geschäftes, die zu unerträglichen Ergebnissen führen und aus diesem Grunde die Rechtsprechung des Reichsgerichts unmöglich machen soll[79]).

Praktisch kommt das Reichsgericht in der Tat zu dem Ergebnis, daß der grundsätzlich formnichtige Vertrag unter den bestimmten Voraussetzungen nur dann als gültig behandelt wird, wenn der arglistige oder schuldhafte Teil die Nichtigkeit geltend macht und der andere Teil auf das Treu und Glauben widersprechende Verhalten hinweist und auf Erfüllung besteht. Dagegen kann sich die irrende, bzw. arglistig behandelte Partei selbst sehr wohl auf die Nichtigkeit berufen.

Wie haben sich nun Dritte, für die die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages unter Umständen von Bedeutung sein kann, zu verhalten? Ist der Vertrag ihnen gegenüber gültig oder ungültig?

Man denke z.B. an den Erwerber eines Grundstücks, der gemäß § 571 in den bestehenden, ohne die Form des § 566 auf länger als ein Jahr abgeschlossenen Mietvertrag eintritt. Kann der Mieter diesem gegenüber die Arglist des früheren Eigentümers vorbringen? Und wie ist es mit dem Pfändungsgläubiger, von dem der Vermieter verlangt, daß er ihm für den Mietzins für das folgende Jahr das Vorrecht einräumt? Kann er nicht darauf bestehen,

78) s. Deutsche Steuerzeitung 1926 Sp. 931 ff.
79) vgl. Hoeniger, a. a. O., S. 680.

daß ihm der schriftliche Mietvertrag vorgelegt wird? Kann der Vorkaufsberechtigte den Formmangel des Grundstücksverkaufes beanstanden? Oder kann der Veräußerer sich ihm gegenüber vielleicht auf sein eigenes unrechtes Verhalten gegen den Erwerber berufen?[80]).

Diese tatsächlich bestehenden Schwierigkeiten dauern auch dann fort, wenn durch rechtskräftiges Urteil die Nichtigkeit oder Gültigkeit des Vertrages festgestellt wurde, denn die Rechtskraft wirkt nach § 325 ZPO nur unter den Parteien. — Zu ihrer Vermeidung ist keine andere Möglichkeit gegeben, als bei Auffindung eines Rechtssatzes, der das Ergebnis der reichsgerichtlichen Rechtsprechung im Wesentlichen enthält, gleichzeitig dieses Problem der Wirkung gegen Dritte zu berücksichtigen und auch hierfür eine praktisch annehmbare Lösung zu finden.

Gelingt das, so ist jedoch auch dieses Bedenken nicht geeignet, eine grundsätzliche Ablehnung der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu begründen.

IV. Zuletzt mag noch darauf hingewiesen werden, daß, wie bei jeder Ausnahmeregelung, so auch bei der hier befürworteten Möglichkeit, ausnahmsweise einen formnichtigen Vertrag aufrechtzuerhalten, die Gefahr eines Mißbrauchs besteht.

So können die Parteien z. B. das Gericht zwingen, die von ihnen durch falsche Beurkundung verübten Steuerbetrüge durch Urteil zu bestätigen und ihnen auf diese Weise Vorschub zu leisten. Sie erreichen das dadurch, daß sie in dem anhängigen Prozeß die für die Aufrechterhaltung des Vertrages geforderten Voraussetzungen konstruieren und dem Gericht vortäuschen. Das Gericht wird dann den in beiderseitigem Einverständnis der Steuerersparnis wegen formnichtig abgeschlossenen Vertrag als gültig behandeln.

Diese Möglichkeit spielt selbstverständlich dann keine Rolle, wenn beide Parteien nicht nur über das Bestehen, sondern auch über den Inhalt des Vertrages völlig einig sind. Dann kommt es in der Regel überhaupt nicht zu einem Prozeß. Sollten die Parteien dennoch aus irgend einem Grunde ein rechtskräftiges Urteil

---

80) weitere Beispiele bei Hoeniger, a. a. O.

wünschen und darum einen Prozeß anhängig machen, so sind sie selbst dann noch nicht auf den hier aufgezeigten Umweg angewiesen, da schon die Möglichkeit eines Prozeßanerkenntnisses besteht. Liegt ein solches vor, so muß das Gericht, gleichgültig, ob es den Vertrag als gültig oder nichtig erkannt hat, den Beklagten dem Anerkenntnis gemäß verurteilen. Denn das Anerkenntnisurteil beruht lediglich auf dem Anerkenntnis selbst, nicht aber auf dem „anerkannten Klageanspruch"[81]).

Anders ist es dagegen bei den Fällen, in denen die Parteien zwar nicht über die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages, wohl aber über dessen Inhalt im einzelnen uneins sind und die Klage infolgedessen nicht schlechthin auf Erfüllung des Vertrages, sondern auf irgendeine streitige Teilleistung aus dem Vertrage geht. Ein Geständnis der Gültigkeit des Vertrages von Seiten des Beklagten gibt es hier nicht. Das Gericht hat vielmehr auch gegen den Willen der Parteien die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts von Amts wegen zu prüfen und zu beachten.

Hier besteht nunmehr für die Parteien die Möglichkeit dem Gericht das Vorliegen jener Voraussetzungen vorzutäuschen, von denen die Aufrechterhaltung des formnichtigen Vertrages abhängt und das Gericht dadurch zu veranlassen, den wegen der Steuerersparnis formwidrig geschlossenen Vertrag als gültig zu behandeln. Damit wird gewissermaßen der Steuerbetrug gerichtlich sanktioniert.

Die praktische Bedeutung dieser Mißbrauchsmöglichkeit erscheint aber derart gering, insbesondere gegenüber der Möglichkeit jeder einzelnen Partei, die Formvorschriften zum Nachteil des Vertragsgegners zu mißbrauchen, daß sie gegen die Aufrechterhaltung formnichtiger Verträge gar nicht ernstlich eingewendet werden kann.

---

81) s. auch Reichel, a. a. O., S. 83.

Teil III.

Die Zusammenfassung des Ergebnisses in einen allgemeinen Rechtssatz im Wege freier Rechtsfindung.

1. Kapitel.

Die Rechtsfindung im allgemeinen.

Der vergangenen Zeit des Positivismus war der Sinn des Rechtes eine bloße Ordnungsfunktion, die dem einzelnen das größtmögliche Maß von Sicherheit und Schutz gewähren sollte. Das Rechtsleben war bestimmt durch eine Überbewertung der Rechtssicherheits- und Stetigkeitsinteressen. Darum stand im Mittelpunkt die „Norm", die geradezu gleichbedeutend mit „Recht" war. Die richterliche Entscheidung stellte sich lediglich als eine Anwendung der geltenden Rechtsnorm auf den einzelnen Tatbestand im Wege logischer Subsumtion dar. Wo aber das Gesetz im Einzelfalle nicht ausreichte, d. h. eine Lücke aufwies, war man an die „Kette des Ähnlichkeitsschlusses" gebunden[82]). Oder es mußten Rechtsfolgen, die man als objektiv geboten empfand, im Wege einer „stillschweigenden Willenserklärung" oder eines „hypothetischen Parteiwillens" auf den angeblichen Willen der Parteien zurückgeführt werden[82]).

Heute hat sich diese Auffassung grundlegend geändert. Man hat erkannt, daß das Recht mehr ist, als ein geschlossenes System von gesetzten Normen. Besteht doch beinahe in jedem Falle zwischen dem abstrakt gefaßten Rechtssatz und dem konkreten Sachverhalt ein unvermeidlicher, mehr oder minder großer Zwischenraum, den der Richter von sich aus ausfüllen muß. Häufig geschieht es sogar, daß der Richter erst die schon von ihm bewerteten und beurteilten Tatsachen unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren sucht. Und doch ist auch dieses vom Richter gefällte Werturteil Recht, wenngleich es nicht bindende Norm ist.

---

82) Hildebrandt, Rechtsfindung ... S. 43.

Das Recht ist infolgedessen als etwas Höheres anzusehen, welches das Gesetz umfaßt und über das Gesetz hinausreicht. Es ist die Quelle, aus der das Gesetz fließen soll; gegenüber der Norm ist es das Primäre und Beherrschende.

Vielfach wird das Recht heute dargestellt, als der „lebendige seiende Gemeinwille", der getragen wird vom Volksgeist und an ihm ausgerichtet[83]) ist. Es ist „eine wirkliche Macht im Leben der Völker und Menschen, von ebenso unbezweifelnbarer Realität, wie Staat, Kultur, Sitte, soziales Leben überhaupt"[84]).

Die Fixierung des Rechts in Normen des Gewohnheitsrechts oder in geschriebene Gesetze ist erst eine Folge des Auseinandergehens von Gemeinwillen und Einzelwillen. Dabei hat die Norm die Aufgabe, zum „konstanten Ausdruck des Gemeinwillens" zu werden und eine „Richtschnur für die Rechtsverwirklichung" zu sein[85]). Sie hat nur dann Bedeutung und Bestand, wenn sie zugleich mehr ist als Norm, wenn sie vielmehr konkreter Wille der Gemeinschaft, also „Recht" ist[85a]).

Wenn aber so im Mittelpunkt das Recht steht, so hat sich damit auch notwendig die Aufgabe des Richters gewandelt. Sie ist nicht mehr bloße Gesetzes- oder Paragraphenanwendung, sondern „Rechtsprechung" im wahren Sinne des Wortes. Das bedeutet, daß der Richter nicht mehr allein auf das mehr oder weniger lükkenhafte System der Normen, das jeweils aus sich selbst heraus zu ergänzen wäre, angewiesen ist, sondern daß er immer berechtigt ist, zur Ausfüllung von Lücken und zur Lösung von Widersprüchen auf das hinter den Normen liegende Recht zurückzugreifen.

Es bleibt jedoch zu prüfen, inwieweit dennoch einer völlig „freien richterlichen Rechtsfindung" durch das bestehende Normensystem Schranken gesetzt sind.

Dafür gilt folgendes:

Bei den im Dritten Reich erlassenen Gesetzen ist eine Abweichung des Richters von diesen grundsätzlich nicht möglich. Denn

---

83) Larenz, Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, S. 19 ff.
84) Larenz, a. a. O., S. 19.
85) Larenz, a. a. O., S. 24.
85a) Larenz, a. a. O., S. 27.

in ihnen ist eindeutig der heute herrschende, an der nationalsozialistischen Weltanschauung ausgerichtete Gemeinwille zum Ausdruck gebracht. Der Führer selbst übernimmt die Verantwortung und Garantie für ihre Richtigkeit. Auch an eine Ausfüllung scheinbar bestehender Lücken ist dort nicht zu denken, wo es ersichtlich ist, daß eine Ausnahmeregelung der betreffenden Frage bewußt nicht getroffen wurde und auch dem Richter nicht überlassen bleiben sollte.

Anders ist es bei den Gesetzen früherer Zeit, sofern diese den heute bestehenden Gemeinwillen offensichtlich nicht verkörpern, also zwar „Norm" aber nicht „Recht" sind. Hier ist der Richter unter Umständen geradezu gezwungen, aus dem „Recht praeter legem" zu schöpfen und gegebenenfalls auch gegen den Willen des Gesetzes zu entscheiden.

Allerdings auch hier mit einer Einschränkung:

Jede gesetzesändernde Rechtsfindung hat zur notwendigen Voraussetzung, daß das Bedürfnis hierfür stärker ist, als etwaige Rechtssicherheits- und Stetigkeitsinteressen[86]), wenn man diese auch nicht mehr wie früher in den Vordergrund stellen und allein entscheiden lassen darf. In jedem Falle aber behält das Gesetz seine Bedeutung als Garant einer ständig gleichbleibenden, sicheren Rechtsprechung. Darum ist der Richter, sobald er von dem positiven Gesetz abweicht, gezwungen, die Notwendigkeit einer derart freien Entscheidung dem Rechtssicherheitsbedürfnis gegenüberzustellen und beide Interessen gegeneinander abzuwägen.

Kommt der Richter auf Grund derart übergesetzlicher Erwägungen zu einer Gesetzesänderung, so wird er sich gewöhnlich darauf beschränken, seine Gründe für diesen Einzelfall aufzuzeigen und die Notwendigkeit gerade dieser Entscheidung darzutun. In späteren gleich oder ähnlich gelagerten Fällen müssen aber die gleichen Gründe zu einer gleichen, bzw. entsprechenden Entscheidung führen. Aufgabe der Wissenschaft ist es nun in erster Linie, die den verschiedenen Entscheidungen gemeinsamen Elemente herauszufinden und zu abstrakten Rechtssätzen unter Verwendung allgemeingültiger Begriffe zusammenzufassen. Denn die Recht-

86) Hildebrandt, a. a. O., S. 49 ff; Larenz, a. a. O., S. 33 ff.

sprechung eines kulturell entwickelten Volkes darf nicht in bloßer Kasuistik, einem sogen. „Billigkeitsfallrecht"[87]), stecken bleiben. Stets ist es Ziel und Aufgabe der freien Rechtsfindung des Richters, den Weg zu neuen festen Rechtssätzen und schließlich auch zu einem neuen, dem heute herrschenden Gemeinwillen entsprechenden Gesetz zu bahnen. Erst dadurch wird die Einheit und Kontinuität des Volkslebens[87a]) und die Geschlossenheit der Rechtsprechung verbürgt.

Wie notwendig eine solche Rechtsentwicklung ist, beweist vor allem England, das „klassische Land des Gewohnheitsrechtes", des "case law", wo durch die sich fortentwickelnde Begriffsbildung selbst das "equity law" allmählich zu einem Bestande fester Rechtssätze wird[88]).

Allerdings wird man sich stets davor hüten müssen, die abstrakt normierten Rechtssätze zu allgemein zu fassen, da man dabei Gefahr laufen würde, „Wesentliches zu übersehen und Unwesentliches einzuschließen"[88]). —

2. Kapitel.

Die Formulierung des Rechtssatzes.

Die bisherige Darstellung hat gezeigt, daß in beinahe allen Fällen, in denen das Reichsgericht mit Hilfe der exceptio doli zur Aufrechterhaltung eines formnichtigen Vertrages kommt, gerade auch heute ein allgemeines Interesse an der Fortsetzung dieser Rechtsprechung besteht und zugleich die Möglichkeit gegeben ist, auch ohne das Hilfsmittel der Arglisteinrede, die ja an sich nur ein Deckmantel kasuistischer Rechtsfindung darstellt, auf dem Wege freier richterlicher Rechtsprechung zu gleichen Entscheidungen zu gelangen, — allein durch ein Zurückgreifen auf das wahre, hinter dem Gesetz stehende Recht.

Dabei handelt es sich um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke, die von dem Gesetzgeber früherer Zeit im Interesse der in gewissen Fällen notwendigen Form bewußt in Kauf genommen wurde.

---

87) vgl. Michaelis, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens, S. 21.
87a) Larenz, a. a. O., S. 26.
88) Michaelis, a. a. O.

Offenbar sah er keine Möglichkeit, auf irgendeine Weise dem Mißbrauch der Formvorschriften entgegenzutreten.

Erst eine langjährige Rechtsprechung hat den Weg aufgezeigt, wie man zugleich unter Berücksichtigung aller Bedürfnisse der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit dort, wo die Formvorschriften, insbesondere die Folgen ihrer Nichteinhaltung, Treu und Glauben — und damit dem wahren Rechtsempfinden — widersprechen, zu einer Einschränkung dieser Bestimmungen kommen kann.

Dadurch, daß man die Aufrechterhaltung des Vertrages in jedem Falle ausdrücklich von den bestimmten Erfordernissen der Arglist oder der schuldhaften Irrtumserregung beim Vertragschluß abhängig gemacht hat und man es nicht auf besondere, vom Richter im Einzelfall anzustellende Erwägungen — etwa über das Vorliegen eines konkreten Interesses an der Formwahrung — hat ankommen lassen, ist eine stetige und sichere Rechtsprechung verbürgt.

Außerdem hat die Tatsache, daß das Reichsgericht derart bestimmte Voraussetzungen aufgestellt hat und diese als notwendig und richtig erkannt werden mußten, das Auffinden eines abstrakten Obersatzes, der die gemeinsamen Elemente aller Entscheidungen enthält, wesentlich vereinfacht.

Dieser Rechtssatz liegt geradezu klar auf der Hand. Wenn man ihn als solchen bisher noch nicht erkannte, so ist das nur dem Umstand zu verdanken, daß er sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts unter dem Deckmantel der Arglisteinrede verbirgt, die jeder neuen Rechtsfindung das Aussehen des Gewohnheitsrechts gibt. Dabei hat man übersehen, daß das Entscheidende gar nicht die Tatsache ist, d a ß die exceptio doli angewendet wurde, sondern die Frage, w a r u m die exceptio doli gerade hier angewendet wurde, und daß die Antwort auf diese Frage zugleich die Grundlage eines neuen Rechtssatzes darstellt.

Es ist darum dieser eigentliche Kern der reichsgerichtlichen Rechtsprechung herauszustellen und aus ihm der allgemeingültige Obersatz herzuleiten — lediglich unter Einschränkung auf die Fälle, in denen der Entscheidung nicht ein höheres öffentliches Interesse an der Einhaltung der Form entgegensteht. Das praktisch gewon-

nene Ergebnis sei zu diesem Zwecke noch einmal in folgenden drei Sätzen zusammengefaßt:

1. Verhält sich eine Partei bei Abschluß eines formnichtigen Vertrages in der Weise arglistig, daß sie die andere Partei über die Formgültigkeit hinwegtäuscht, oder daß sie bei Vertragschluß die geheime arglistige Absicht hat, sich demnächst auf die Nichtigkeit des Vertrages zum Nachteil der anderen Partei zu berufen, so würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn diese Partei später die Nichtigkeit des Vertrages mit Erfolg geltend machen könnte.

2. Versetzt die eine Partei die andere schuldhaft in den Irrtum, eine Form sei nicht notwendig, oder erhält sie sie schuldhaft darin, so muß sie nach Treu und Glauben dieses schuldhafte Verhalten in der Weise gegen sich gelten lassen, daß sie sich nicht auf die Formnichtigkeit des Vertrages berufen kann.

3. Eine Ausnahme muß in allen Fällen immer dann gelten, wenn durch das Außerachtlassen der Form offensichtlich ein öffentliches Interesse verletzt werden würde. —

Abgesehen von dieser letzten Ausnahme, kommt somit eine Aufrechterhaltung der formnichtigen Verträge jedesmal dann — und andererseits n u r dann — in Betracht, wenn die eine Partei die Formvorschrift der anderen Partei gegenüber mißbraucht. —

Ehe nunmehr an die Formulierung des abstrakten Rechtssatzes gedacht wird, sei zuvor noch auf folgende zwei Punkte hingewiesen:

A. Da die Unwirksamkeit eines Vertrages infolge Formmangels stets von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ist es mißverständlich, davon zu sprechen, daß die „Geltendmachung der Formnichtigkeit" wider Treu und Glauben verstoße, obgleich sich die obige Zusammenfassung der Einfachheit halber dieser Ausdrucksweise bedient.

Damit würde man wieder in den Fehler verfallen, es im einzelnen Fall auf die ausdrückliche Geltendmachung der Nichtigkeit von Seiten der schuldhaften Partei ankommen zu lassen und die Fälle möglicherweise anders behandeln zu müssen, in denen die Partei sich darauf beschränkt, Tatsachen vorzutragen, aus denen

das Gericht selbst die Nichtigkeit des Vertrages folgern kann. Darum darf nicht nur das Verhalten der Partei, die sich zum Nachteil des von ihr geschädigten Gegners auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, sittenwidrig oder arglistig erscheinen. Dem Grundsatz von Treu und Glauben muß es schon dann widersprechen, wenn man einen Vertrag, dessen Formmangel auf dem Verschulden der einen Partei beruht, gegen den Willen der verletzten anderen Partei zu deren Nachteil als unwirksam behandelt.

Dementsprechend muß der Vertrag bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen von Amts wegen als gültig angesehen werden, wenn die arglistig behandelte oder getäuschte Partei auf der Gültigkeit besteht — gleichgültig ob der Formmangel ausdrücklich geltend gemacht wird oder sich allein aus dem tatsächlichen Parteivorbringen ergibt. Der Gedanke von Treu und Glauben darf nicht nur dazu berechtigen, rein negativ derjenigen Partei, die die Formnichtigkeit unter Mißbrauch der Formvorschriften veranlaßt hat, die Berufung auf den Formmangel zu versagen, sondern er muß verlangen, daß — positiv die Nichtigkeit des Vertrages bei Hinzukommen der notwendigen Voraussetzungen nur dann zu beachten ist, wenn die arglose, bzw. die getäuschte Partei einverstanden ist.

B. Als Zweites ist darauf hinzuweisen, daß bei Aufstellung des gesuchten Rechtssatzes das Interesse dritter Personen an der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages im Auge behalten werden muß. Man denke an die Schwierigkeiten, die sich andernfalls aus der „relativen Unwirksamkeit" des Vertrages ergeben können, wie oben S. 63 ff. ausführlich dargetan wurde. —

Beiden Forderungen wird man gerecht, wenn man den gewünschten Rechtssatz etwa so formuliert:

„Ergibt sich bei der Formnichtigkeit eines schuldrechtlichen Vertrages, daß dieser Nichtigkeit ein Mißbrauch der Formvorschriften seitens der einen Partei zugrunde liegt, der sich entweder als ein arglistiges Verhalten bei Abschluß des Vertrages oder als schuldhafte Irrtumserregung hinsichtlich der Formnotwendigkeit in dem Vertragsgegner darstellt, so ist der Vertrag — abgesehen von den Fällen, in denen ein öffentliches Interesse entgegensteht — nur

mit Zustimmung derjenigen Partei, die arglistig behandelt, bzw. irregeführt wurde, als nichtig anzusehen."

Oder besser:

„1. Die Nichtigkeit eines formwidrig abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrages kann, sofern sich herausstellt, daß dieser Nichtigkeit ein Mißbrauch der Formvorschriften seitens einer Partei zugrunde liegt, nur mit Zustimmung der anderen Partei, der gegenüber die Formvorschrift mißbraucht wurde, beachtet werden, es sei denn, daß hierdurch ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der Form offensichtlich verletzt würde.

2. Als ein Mißbrauch der Formvorschrift ist es anzusehen, wenn die betreffende Partei in arglistiger Weise den formwidrigen Vertragsabschluß veranlaßt oder bei Abschluß des Vertrages schuldhaft in der anderen Partei den Irrtum erregt oder unterhalten hat, eine Form sei nicht notwendig."

Die in dieser Weise geforderte Zustimmung der verletzten Partei wird bei Prozessen zwischen den Parteien selbst praktisch nur eine geringe Rolle spielen. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Entweder besteht die schuldhafte Partei auf Erfüllung des Vertrages, demgegenüber von Seiten der anderen Partei die Nichtigkeit geltend gemacht wird — dann liegt hierin zugleich die geforderte Zustimmung.

2. Oder es verlangt umgekehrt die zustimmungsberechtigte Partei Erfüllung des formwidrig abgeschlossenen Vertrages — dann ist anzunehmen, daß sie damit zugleich ihre Zustimmung dazu verweigert, den Vertrag als nichtig zu behandeln.

Von besonderer praktischer Bedeutung aber wird die Zustimmung Dritten gegenüber. Die Nichtigkeit eines Vertrages, der infolge Mißbrauchs der Formvorschriften trotz seiner Formwidrigkeit grundsätzlich als gültig zu behandeln ist, kann ein daran interessierter Dritter nur geltend machen, wenn er die Zustimmung der zustimmungsberechtigten Vertragspartei vorweist.

Um auf die oben in diesem Zusammenhang angeführten Beispiele zurückzukommen, mag etwa folgender Fall zur Erläuterung dienen:

A hat dem B auf 10 Jahre eine Wohnung vermietet. Da ihm jedoch daran lag, nach kürzerer Zeit wieder frei über die Wohnung verfügen zu können, B sich aber auf einen kürzer befristeten Vertrag nicht einlassen wollte, gelang es dem A, den B über die Notwendigkeit der Schriftform hinwegzutäuschen und die schriftliche Festlegung hinauszuzögern.

Nach etwa zwei Jahren verkauft A das Grundstück. Der Erwerber C weigert sich, in den formlosen Mietvertrag einzutreten, er erhebt Klage auf Räumung gegen B. In diesem Prozeß erkennt das Gericht das arglistige Verhalten des A; es hat infolgedessen den Vertrag von sich aus als gültig zu behandeln. Da B sich weigert, die Wohnung zu räumen, ist er offensichtlich nicht damit einverstanden, daß der Vertrag als nichtig behandelt wird. — Dem C bleibt es unbenommen, gegen A Ersatzansprüche geltend zu machen.

Oder ein anderes Beispiel:

A verkauft unter falscher Beurkundung des Kaufpreises an B ein Grundstück. Er hat B schuldhaft in den Irrtum versetzt, es komme auf die richtige Beurkundung nicht an. Der vorkaufsberechtigte C beanstandet den Formmangel und klagt gegen A auf Feststellung, daß der Vertrag mit B ungültig sei. Das Gericht erkennt, daß die Voraussetzungen vorliegen, die es dem B gegenüber unbillig erscheinen lassen, den Vertrag ohne weiteres als formnichtig zu behandeln. Infolgedessen kann die Klage des C nur dann Erfolg haben, wenn er das Einverständnis des B mit der Nichtigkeit des Vertrages nachweist.

Die Zustimmungserklärung der anderen, am Prozeß nicht beteiligten Vertragspartei wird etwa so zu behandeln sein, wie die ähnlichen Erklärungen in den §§ 415 II, 1396 II Satz 2, 1448 II Satz 2, 1829 Abs. II: Kommt die betreffende Partei der an sie gerichteten Aufforderung, die Zustimmung zu erteilen, binnen zwei Wochen nicht nach, so gilt diese als verweigert.

Das alles beweist, daß auf diese Weise auch das Problem der Wirkung gegen Dritte eine praktisch brauchbare Lösung gefunden hat. Etwaige Härten, die sie besonders auf Seiten des Dritten mit

sich bringen kann, müssen im Interesse einer billigen und gerechten Regelung der Formfrage in Kauf genommen werden.

Ebenso ist auch der Hauptfehler in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das Ergebnis von dem bloßen Zufall abhängig macht, ob die schuldhafte Partei sich ausdrücklich auf den Formmangel beruft und ihren Anspruch gerade damit begründet oder nicht, vermieden.

Schlußbemerkung.

Auf Grund des gewonnenen Ergebnisses hat der Richter folgende Aufgabe zu erfüllen:

Wird der Klageanspruch eines anhängigen Rechtsstreits auf die Gültigkeit eines Vertrages (Klage auf Erfüllung) oder dessen Formnichtigkeit (Klage auf Rückgabe des Geleisteten) gestützt, so hat er in erster Linie den formgerechten Abschluß des Vertrages zu prüfen. Ergibt sich dabei, daß der Vertrag infolge Formmangels unwirksam ist, so hat er weiter festzustellen, ob evtl. die Voraussetzungen vorliegen, die im Ergebnis zur Aufrechterhaltung des Vertrages führen können; mit anderen Worten: ob diejenige Partei, die aus der Nichtigkeit des Vertrages Vorteile herleitet, die Formnichtigkeit durch ein haftungbegründendes Verschulden verursacht hat.

Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen kann einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrages als Schadensersatzforderung (§ 249) begründen. Diese Möglichkeit ist in erster Linie in Erwägung zu ziehen.

Sie hängt ab von dem Nachweis des Ersatzberechtigten, daß entweder ohne das schuldhafte Verhalten des Gegners ein gültiger Vertrag zustandegekommen wäre, oder daß ihr eigener wirtschaftlicher Schaden die Erfüllung des Vertrages verlangt.

Ist der Erfüllungsanspruch danach grundsätzlich gegeben, so ist sodann das etwaige mitwirkende Verschulden der verletzten Partei zu berücksichtigen und gegebenenfalls von einem Anspruch auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages zugunsten eines entsprechend geminderten Ersatzanspruchs in Geld abzusehen.

Liegen die Voraussetzungen eines gesetzlichen Anspruchs auf Erfüllung dagegen nicht vor, so ist auf Grund übergesetzlicher Erwägungen, die oben in einen allgemeingültigen Rechtssatz zusammengefaßt wurden, der formnichtige Vertrag grundsätzlich als gültig zu behandeln, wenn der geschädigte Vertragsteil auf der Gültigkeit des Vertrages besteht und ein öffentliches Interesse nicht verletzt wird.

Auch hier kommt es sodann auf ein Mitverschulden des Verletzten an, sodaß unter Umständen die Aufrechterhaltung des Vertrages ebenfalls zugunsten eines bloßen Schadensersatzanspruches in Geld abgelehnt werden muß. Dieser Erfolg hat immer dann einzutreten, wenn auf Seiten der ersatzberechtigten Partei ein solches Mitverschulden bezüglich des Formmangels vorliegt, das geeignet wäre, auch einen evtl. Ersatzanspruch auf Erfüllung auszuschließen.

Lebenslauf.

Am 22. März 1913 wurde ich als Tochter des Rechtsanwalts und Notars Dr. jur. Rudolf Böse und seiner Ehefrau Magdalene geborene Witte in Hagen-Haspe i. W. geboren. Ich bin deutsche Staatsangehörige.

Von Ostern 1919 bis Ostern 1922 besuchte ich die Volksschule in Hagen-Haspe und anschließend das Städtische Lyzeum. Nach 3jährigem Besuch des Städt. Reform-Realgymnasiums in Hagen-Haspe bestand ich dort am 3. März 1932 die Reifeprüfung. Ich studierte darauf Rechtswissenschaft, und zwar 1 Semester an der Universität in Rostock, 1 Semester in Breslau, 2 Semester in Freiburg i. Br., 1 Semester in Kiel und 2 Semester in Münster i. W. und bestand am 27. April 1936 die erste juristische Staatsprüfung bei dem Oberlandesgericht in Hamm mit „gut". Zur Zeit befinde ich mich seit dem 1. Juni 1936 als Gerichtsreferendarin im Vorbereitungsdienst.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 30. Mai 1938 in Münster statt.

Herrn Professor Dr. Schumann danke ich an dieser Stelle für die Anregung und Förderung der Dissertation.

Hildegard Böse